Der Wiederverkauf

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

◆

Vorgelegt von
GOTTFRIED BRAUN
Berlin

1932

Gedruckt

mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Theodor Süss.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literatur-Verzeichnis.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht, II. Teil, Erlangen 1884.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Jena 1913.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Tübingen, Leipzig 1902.

Dabelow, Handbuch des heutigen gemeinen römisch-deutschen Privatrechts, Halle 1803.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, 1915.

Dernburg, System des römischen Rechts, Berlin 1915.

E. Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben von R. Leonhard, 1903, Band I.

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Wien 1928.

Endmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Teil II, Marburg 1930, 11. Auflage.

Gierke, Otto v., Deutsches Privatrecht, Teil III, Schuldrecht, München, Leipzig 1917.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, Band 16, Erlangen, 1814.

Gothofredus, Dionysius, glossierte Ausgabe des corpus iuris civilis, Frankfurt a. M., 1587.

Hahn, Der Wiederkauf, Diss., Marburg, 1902.

Hohmann, Das Wiederkaufsrecht und Wiederverkaufsrecht während des Konkurses eines der Beteiligten, Diss., Quedlinburg, 1908.

Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, Leipzig 1930.

Juynboll, Handbuch des islamischen Gesetzes, Leipzig-Leiden, 1910.

Klemp, Der Kauf auf Wiederverkauf, Berlin, 1925.

Koch, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, Berlin und Leipzig, 1884.

Mayr, Robert, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Reichenberg, 1922.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1899.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse nach BGB., Berlin 1929, 5. Auflage.

Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Berlin, 1914.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, Teil II, 1889.

Reichsgerichtsräte. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1930.

Riebow, Der Kauf auf Umtausch, Berlin 1924.

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB., Berlin 1897.

Schütze, Ueber die Bedeutung, Wirksamkeit und das gegenseitige Verhältnis des pactum de retrovendendo, des pactum de retroemendo und des pactum displicentiae beim Kauf, Diss., Rostock, 1899.

v. Seuffert, Das Wiederkaufsrecht und Wiederverkaufsrecht während des Konkurses in der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. Jahrgang 1907, S. 20 ff.

Sintenis, Das praktische, gemeine Zivilrecht, Leipzig, 1868.

Staudinger, Kommentar zum BGB., München, 1915.

Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Berlin, 1898.

Stubenrauch, Kommentar zum allgemeinen österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch, Wien, 1898.

Walsmann, Ein Beitrag zur Lehre von der Wollensbedingung in Iherings Jahrbüchern, Band 54.

Weiske, Die Quellen des gemeinen sächsischen Rechts, Leipzig, 1846.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Teil II, Frankfurt a. M., 1906, 9. Auflage.

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung.

Erster Teil: Die geschichtliche Entwicklung des Wiederverkaufs.
Römisches Recht.
Gemeines Recht.
Der Wiederverkauf im Mitelalter und in den ersten deutschen Kodificationen.
Außerdeutsches Recht.

Zweiter Teil: Die Rechtsnatur des Kaufs unter dem Vorbehalt des Wiederverkaufs.
Allgemeines.
Vorvertragstheorie.
Rücktrittstheorie.
Offertentheorie.
Theorie des aufschiebend bedingten Rückkaufs.
Einlösungstheorie.
Ergebnis.

Dritter Teil: Das Wiederverkaufsrecht.
A. Entstehung des Wiederverkaufsrechtes.
1) Entstehungsgrund,
a) Gesetz
b) Vertrag.
2) Enstehungszeit.
3) Form des Wiederverkaufsvorbehaltes.
4) Voraussetzungen des Wiederverkaufsrechtes. — Die wesentlichen Bestandteile der Wiedervrekaufsvereinbarung.

a) Gegenstand.
b) Preis.
aa) Der gesetzliche Preis.
bb) Der vertraglich vereinbarte Preis.

B. Ausübung des Wiederverkaufsrechtes.

1) Allgemeines.
2) Form.
3) Bei einer Mehrheit der Berechtigten.
4) Bei einer Mehrheit der Verpflichteten.

C. Wirkungen des Wiederverkaufs.

I. Der ursprüngliche Kauf.
II. Der Wiederverkauf.
a) Vor Ausübung des Wiederverkaufsrechtes.
1) Art der Berechtigung.
2) Möglichkeit einer dinglichen Sicherung.
3) Uebertragbarkeit und Vererblichkeit .
b) Nach Ausübung des Wiederverkaufsrechtes.
1) Allgemeines.
2) Pflichten des Wiederverkäufers.
3) Rechte des Wiederverkäufers.
4) Pflichte und Rechte des Wiederkäufers.

D. Erlöschen des Wiederverkaufsrechtes.

Anhang: Einzelne Wiederverkaufsverträge.

Einleitung.

Wird beim Abschluß eines Kaufvertrages von den Parteien vereinbart, daß der Verkäufer verpflichtet sein soll, auf Verlangen des Käufers den Gegenstand des Kaufvertrages zurückzukaufen, so ist diese Abmachung ein Vorbehalt des Wiederverkaufs. Das Recht, das dem ursprünglichen Käufer hieraus erwächst, ist das Wiederverkaufsrecht.

Der Kauf unter dem Vorbehalt des Wiederverkaufs — im folgenden kurz Wiederverkauf genannt —, also der ursprüngliche Kauf plus Vereinbarung des Wiederverkaufsvorbehaltes, ist im BGB. nicht berücksichtigt worden. Der Gesetzgeber hat dies mit voller Absicht getan, denn er erklärt hierzu in den Motiven*): „Der Kauf unter dem Vorbehalt des Wiederverkaufs ist so selten, daß für das Gesetz kein Anlaß bestehe, ihn gesondert hervorzuheben." Daß der Wiederverkauf nicht so selten ist, wie die Motive es annehmen, daß sogar eine Anzahl alltäglicher Rechtsgeschäfte sich bei genauer Prüfung als Wiederverkäufe darstellen, soll weiter unten ausgeführt werden. Die stiefmütterliche Behandlung, die man unserem Institut hat angedeihen lassen, erscheint daher nicht ganz gerechtfertigt. Es soll der Zweck dieser Arbeit sein, den Wiederverkauf nach den verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten zu untersuchen, um zu einem möglichst geschlossenen Gesamtbild zu gelangen.

Bei der Verfolgung dieses Zieles werden wir häufig auf den Verkauf unter dem Vorbehalt des Wiederverkaufs treffen (kurz: Wiederkauf), der in den meisten Zivilgesetzen der Völker mit moderner Gesetzgebung Berücksichtigung gefunden hat. Da unser Institut eine große Aehnlichkeit mit dem Wiederkauf aufzuweisen hat und, wie wir weiter unten sehen werden, von den meisten Gesetzen und Schriftstellern analog den Vorschriften über den Wiederkauf behandelt wird, wollen wir uns noch kurz den Wieder-

*) Motive a.a.O. S. 342.

kauf betrachten. Hahn*) sieht in ihm „eine sich an den Kaufvertrag anschließende Abmachung, durch die der Verkäufer sich die Berechtigung zum Rückerwerb des veräußerten Gegenstandes erwirbt." Während also beim Wiederverkauf der ursprüngliche Käufer und jetzige Wiederverkäufer zum Rückverkauf an den ursprünglichen Verkäufer berechtigt ist, liegt beim Wiederkauf die Berechtigung zum Rückkauf beim Wiederkäufer, dem ursprünglichen Verkäufer. Wie die Berechtigung beim Wiederverkauf und Wiederkauf im ersten Falle in Händen des (ursprünglichen) Käufers, am zweiten dagegen in Händen des Verkäufers liegt, so ist auch die Verpflichtung bei beiden Rechtsinstituten gerade umgekehrt. Beim Wiederverkauf ist der Verkäufer und jetzige Wiederkäufer zur Abnahme und Bezahlung verpflichtet, während die Verpflichtung aus dem Wiederkauf den Wiederverkäufer (früheren Käufer) trifft, gerichtet auf Rückübereignung und Rückübertragung des Besitzes.

Wir sehen also, daß nur eine Umkehrung von Berechtigung und Verpflichtung eintritt, während die Parteistellung in beiden Fällen die gleiche ist. Sowohl beim Wiederverkauf als auch beim Wiederkauf ist der Wiederverkäufer wie ein ordentlicher Käufer gemäß § 433 BGB. verpflichtet, dem Wiederkäufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen, während der Wiederkäufer zur Abnahme und Bezahlung verpflichtet ist.

Nachdem wir uns nun mit dem Wiederkauf und seinen Rechtsgleicheiten sowie Rechtsverschiedenheiten gegenüber dem Wiederverkauf soweit vertraut gemacht haben, daß wir ohne die Gefahr der Unklarheit den Wiederverkauf zu den Betrachtungen über unser Rechtsinstitut heranziehen können, wollen wir die geschichtliche Entwicklung des Wiederverkaufs, soweit wir sie verfolgen können, betrachten.

---

*) Hahn, a.a.O. S. 8.

Erster Teil.

Die geschichtliche Entwicklung des Wiederverkaufs.

Römisches Recht.

Da das römische Recht die Grundlage unseres heutigen Rechtes darstellt, wollen wir untersuchen, ob den Römern bereits das Institut des Wiederverkaufs bekant war. Es werden verschiedene Stellen des corpus iuris angeführt, aus denen man nachweisen will, daß das pactum de redimendo den alten Römern nicht unbekannt war. Den eingehenden Untersuchungen der älteren Juristen†) über die in Betracht kommenden Stellen

1.6 D de resc. vend. 18. 5
1.31 § 22 D. de aed. ed. 21. 1
1.3 D. de contrah. emtione 18. 1
1.1 C. quando decreto 5. 72

hat jedoch keine Gesetzesstelle standhalten können. Neuerdings ist die 1. 7 C. de pact. int. emt. et vent. comp. 4. 54††) in dem Zusammenhang mit dem Wiederverkauf genannt worden, jedoch mit dem Bemerken, daß mit ihr „herzlich wenig anzufangen" sei. Diese Stelle bezieht Gothofredus*) auf das pactum de retro v e n d e n d o und die älteren Schriftsteller**) haben sich dieser Auffassung angeschlossen. Später***) gewann die Auffassung mehr Raum, daß ein pactum de retrovendendo nicht vorliegen könne.

Eine Prüfung dieser Stelle ergibt, daß von einem pactum de retroemendo auf keinen Fall die Rede sein kann, da der Berechtigte der ursprüngliche Verkäufer ist, ihm also nur ein Wiederkaufsrecht zustehen kann. Aber auch ein Wiederverkauf liegt hier nicht

†) Beckmann, de pacto redimendi, Jena, 1653, thes. 7 Anm. c. Reimann, pactum de retrovendendo, Altdorff, 1675, Kap. 1, § 5. Schlüter, de iure reluitionis ex pacto de retrovendendo competente praescriptioni non obnoxio, Göttingen, Kap. 1 § 5.

††) Reichelt, Hamburg, im Geleitwort zu Klemp, Der Kauf auf Wiederverkauf.

*) Gothofredus, a.a.O. Glosse b hierzu.

**) Hellfeld, iurisprudentia forensis, Würzburg, 1786, c. 1 § 1373 Anm. p. Rießer, Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß Bd. 2, Nr. 1 § 7 S. 30 ff. Bechmann, a.a.O. § 256. Dernburg, Pandekten, 1894, Bd. 2 § 95 Nr. 5 Anm. 15.

***) Sintenis, a.a.O. Bd. 2 § 116 Anm. 226. Faber, de erroribus pragmaticorum, 1658, decade 22 error 2 und error 3 Nr. 3. Glück, a.a.O. c. 1 Bd. 16 § 997 S. 203. Windscheid a.a.O. § 388 Anm. 7.

vor, da eine Wirkung ex tunc eintreten soll derart, daß die „res sit inemta", der Wiederkauf also dingliche Wirkung haben müßte.*) Es ist also das pactum de retroemendo in den römischen Quellen nirgends erwähnt, so daß wir annehmen müssen, daß es den Römern auch nicht bekannt gewesen ist. Daß es trotzdem erlaubt war, will durchaus selbstverständlich erscheinen. Der Inhalt dieses pactum ist mit den allgemeinen Grundsätzen voll vereinbar. So führt auch Schütze**) in einer grundlegenden Arbeit darüber aus: „Die Gültigkeit des pactums de retroemendo kann nicht in Zweifel gezogen werden, da es von denselben Grundsätzen beherrscht wird wie das pactum de retrovendendo, und sein Inhalt an sich ein durchaus erlaubter ist." Auch spricht die Gestattung des analogen pactum displicentiae in 1. 6 D. 18. 5 und 1. 31 § 22 D. 21. 1 entschieden dafür, da die Wirkung des letzteren weit schärfer ist als die des pactum de retroemendo.

Da dem römischen Recht der Begriff des Wiederverkaufsrechtes nicht als solcher bekannt war, konnte er auch nicht im gemeinen Recht zutage treten. Da er aber in den deutschen Kodifikationen in Preußen und Oesterreich im Anschluß an das Wiederkaufsrecht behandelt worden ist, finden wir bei den späteren gemeinrechtlichen Schriftstellern den Wiederverkauf, soweit er überhaupt Erwähnung findet, im Zusammenhang mit dem Wiederkauf. So definiert Glück***) das pactum de retroemendo als ein pactum, „wodurch der Verkäufer sich verbindlich macht, die verkaufte Sache wieder zu kaufen, wenn der Käufer sie nicht behalten will." Dieser Vertrag, so führt Glück weiter aus, wird also zu Gunsten des Käufers beigefügt, „welcher vermöge desselben den Verkäufer mit der actio empti nötigen kann, die Sache wieder käuflich zu übernehmen; statt daß es bei jenem Vertrage der Willkür des Verkäufers überlassen ist, ob er die Sache zurückkaufen wolle, oder nicht." Schon über den Rahmen einer Definition hinausgehend finden wir bei Dabelow†) und Sintenis††) die Bestimmung, daß auf das pactum de retroemendo die gleichen Vorschriften Anwendung finden sollen, wie auf das pactum de retrovendendo. So behandelt Dabelow beide pacta vollständig gleich, indem er Rechtswirkungen beider gemeinsam aufstellt. Bei Sintenis wird die Trennung schon erkennbarer, wenn es bei ihm heißt: „Man darf die beiden pacta nicht für das-

*) Schütze a.a.O. S. 24.
**) Schütze, a.a.O. S. 67.
***) Glück, a.a.O. S. 201.
†) Dabelow, a.a.O. S. 697.
††) Sintenis, a.a.O. § 116 Anm. 226 S. 647.

selbe halten. Das pactum de retroemendo muß daher durch Umschreibung genauer kenntlich gemacht sein, indem es einen besonderen Kunstausdruck dafür nicht gibt." Dann fährt Sintenis jedoch fort: „Natürlich können beim pactum de retroemendo keine anderen Regeln gelten als beim pactum de retrovendendo."

Auch bei Windscheid***) finden wir beide Verträge zusammen erwähnt; sie werden nur abggerenzt von der Vereinbarung, daß der Kauf durch Rückgabe der Kaufsache oder des Kaufpreises rückgängig gemacht werden kann.

Zusammenfassend ist von der Behandlung unseres Institutes im gemeinen Recht festzuhalten, daß es den Schriftstellern zwar bekannt ist, daß jedoch über irgendwie geartete Unterschiede zwischen Wiederverkauf und Wiederkauf Untersuchungen von keiner Seite angestellt worden sind.

Der Wiederverkauf im Mittelalter und in den ersten deutschen Kodificationen.

Wir haben es gesehen, daß unser Institut bei den Römern praktisch nicht vorhanden war, daß es an keiner Stelle des corpus iuris erwähnt wird, und daß es erst durch die Interpretation der gemeinrechtlichen Juristen als zulässig und vereinbar mit den römischen Gesetzesstellen erklärt wrude. Daher bleibt die Frage offen, wo denn das Institut des Wiederverkaufs seinen eigentlichen Ursprung hat.

Um zu einer Beantwortung dieser Frage zu kommen, wollen wir auch in diesem Zusammenhang zuerst die Entwicklung des Wiederkaufs verfolgen. Dazu ist lehrreich, sich einmal die wirtschaftlichen Verhältnisse und Zustände in Deutschland zur Zeit des Mittelalters vor Augen zu führen.

Im 12. und 13. Jahrhundert sehen wir in Deutschland ein immer stärkeres Emporstreben des Handels. Diesem nun stellte sich die Schwerfälligkeit des Grundbesitzes hindernd entgegen. Die Liebe zur Scholle läßt den Deutschen starr an seinem Grund und Boden haften, während der Handel stärkere Beweglichkeit erfordert. Da es aber zu dieser Zeit eine Kreditmöglichkeit nicht gab, mußte der Grundbesitzer seine Liegenschaften veräußern, um zu barem Gelde zu kommen. Die älteste Form der Liegenschafts v e r p f ä n d u n g war nach germanischem Rechte das Eigentumspfand, das sich darstellte als eine — meist auflösend — bedingte Eigen-

***) Windscheid, a.a.O. S. 642.

tumsübertragung, eine Einräumung der Gewere durch bedingte Investitur, die meistens durch Urkundenbegebung erfolgte.*) Dieses Geschäft stellte sich äußerlich dar als Verkauf unter dem Vorbehalt des Wiederkaufs. Wenn es auch juristisch vielleicht noch einige Verschiedenheiten gegenüber dem Wiederkauf aufzuweisen hat, so tritt doch hier die Entwicklungsgeschichte des germanischen Wiederkaufsrechtes in ihren Anfängen sichtbar in Erscheinung. So finden wir auch bei Weiske**) unter den Kurfürstlich sächsischen Konstitutionen von 1572. pars secunda, in der ersten Konstitution den unmittelbaren Zusammenhang zwischen „Verpfand" und „wiederkäuflich verkaufft Gut", wonach der Schluß einer gewissen Berechtigung nicht zu entbehren scheint, daß der Verkauf unter dem Vorbehalt des Wiederkaufs der Uebergabe einer beweglichen Sache als Pfand rechtlich gleichstehe. Der einzige Unterschied liegt in dem Anwendungsgebiet: Pfand nur bei beweglichen, Wiederkauf bei beweglichen und unbeweglichen Sachen; jedoch werden die beweglichen Sachen durch den Wiederkauf zu unbeweglichen.***)

So genau wie die Geschichte des Wiederkaufs läßt sich die des Wiederverkaufs nicht zurückverfolgen. Soweit sich über unser Institut in geschichtlicher Hinsicht überhaupt etwas sagen läßt, möchte ich die Entstehung des Wiederverkaufs als juristischen Begriff erst ziemlich spät annehmen; vielleicht sind die Autoren des ALR. die ersten, die den Wiederverkauf als Sonderinstitut erkannt haben, während er bis dahin vom Wiederverkauf gar nicht getrennt wurde, wenn auch manche Schriftsteller an die Möglichkeit einer Vertauschung der Rollen beim Wiederverkauf gedacht haben. Daß in Wahrheit der Wiederverkauf eine alte Geschäftsform ist, die als notwendige Folge eines geregelten Warenverkehrs schon viel früher in Uebung war, wenn sie auch von den Juristen nicht erkannt wurde, werden wir noch unten auszuführen haben.

---

*) Vergl. a. Hübner a.a.O. S. 403.

**) Weiske a.a.O. S. 51.

***) Vergl, hierzu Weiske, a.aO. S. 51 F.

So heißt es in der Const. XXIV, pars tertia der Kurfürstlich sächsischen Konstitutionen von 1572: „Unsere Verordnete sind dessen auch einig: Wann Geld, auf einen rechten, beständigen Wiederkauff, also, daß die Haupt-Summa unabforderlich ist auf liegende Gründe aus getan, oder do jährliche Zinse wiederkäuflich aus beweglichen Gütern gekauffet werden, daß solches Geld, nemlichen, Sors Ipsa und die Haupt-Summa vor sich selbst, soll vor unbeweglich Gut gehalten werden."

Weiter behandelt die Const. den Streit, ob bei Wiederverkäufen, die nicht auf Immobilien gerichtet sind, die Summe und Zinsen bewegliche oder unbewegliche Sachen seien. Entschieden wird dahin daß in beiden Fällen unbewegliche Sachen vorhanden sind.

Wie bereits erwähnt, ist das ALR. die erste deutsche Kodifikation, die den Begriff des Wiederverkaufs kennt. Im ersten Teil, Titel 11, § 327 heißt es:

„Der Regel nach ist das Wiederverkaufsrecht nur zum Besten des Verkäufers für ausbedungen zu achten." — § 328 fährt dann fort:

> Hat sich aber der Käufer die Rückgabe der erkauften Sache ausdrücklich vorbehalten, so sind seine Rechte und Pflichten nach eben den §§ 296 sq. enthaltenen Bestimmungen zu beurteilen.

Die §§ 296 ff. behandeln den Kauf unter dem Vorbehalt des Wiederkaufs. Koch bemerkt bereits zu Beginn des Wiederkaufsrechtes, daß dies ein Gebilde der deutschen Praxis sei und sich als pactum de retrovendendo oder pactum de retroemendo darstellen könne. Im übrigen wirft Koch beide Begriffe vollständig durcheinander.

Auch in dem nur kurze Zeit nach dem ALR. in Kraft getretenen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch für Oesterreich finden wir den Wiederverkauf. In § 1071 wird dem Wiederverkauf unter der Ueberschrift: „Kauf mit Vorbehalt des Rückverkaufs" kurz behandelt. Auch hier findet sich die Vorschrift, daß die Paragraphen über den Wiederkauf analog angewendet werden sollen. In Satz 2 heißt es dann noch:

> Soll jedoch ein anderes Geschäft verdeckt werden, so finden die Vorschriften über Scheingeschäfte Anwendung.

Soweit das Gesetz! Da jedoch im Gegensatz zum ALR. das ABGB. noch heute in Kraft ist, ist in Oesterreich das Wiederverkaufsrecht in den neueren Kommentaren etwas weiter entwickelt, so daß wir wenigstens über die Bedeutung des § 1071 für den heutigen Rechtsverkehr in Oesterreich uns unterrichten können.

Ehrenzweig*) sieht die Wirkung des Kaufs mit dem Vorbehalt des Rückverkaufs „in der Einlösungspflicht des Verkäufers mit der Verbindlichkeit, den Käufer wegen Verbesserungen und Verwendungen wie einen redlichen Besitzer zu entschädigen". Aehnlich definiert auch Stubenrauch**) das Wiedrverkaufsrecht als ein Einlösungsrecht an einer gekauften Sache. Nach Mayr***) ist der Verkäufer durch das Rückverkaufsrecht verpflichtet, die Sache auf Verlangen des Käufers sogleich oder zu einer bestimmten Zeit um einen vorausbestimmten Preis zurückzukaufen. Auch das kann nur

*) Ehrenzweig, a.a.O. zu § 1071.
**) Stubenrauch, a.a.O. zu § 1071.
***) Mayr, a.a.O. zu § 1071.

in bezug auf Liegenschaften bedungen werden und begründet bloß ein höchstpersönliches Recht des Käufers. Der Verkäufer ist zur Einlösung und zum Ersatz von Verbesserungen und Verwendungen an den Käufer wie an einen redlichen Besitzer verpflichtet. Ueberhaupt gilt von diesem Recht alles, was für das Wiederkaufsrecht bestimmt ist. Dient die Vereinbarung des Wiederkaufs oder Rückverkaufs jedoch nur der Verschleierung eines verbotenen Pfand- oder Borggeschäftes, so finden die Grundsätze der Scheingeschäfte darauf Anwendung.

In ähnlicher Weise wie im ALR. und ABGB. finden wir in einer anderen, älteren deutschen Kodifikation, im Sächs. BGB. § 1136 ebenfalls den Hinweis, daß auf einen Wiederverkauf die Wiederkaufsvorschriften entsprechend anzuwenden sind.

Außerdeutsches Recht.

Bei außerdeutschen Gesetzen haben wir nirgends unser Rechtsinstitut wiederfinden können. Während einige Länder — z. B. Sowjetrußland — den Wiederkauf überhaupt nicht kennen, finden wir in vielen ausländischen Kodifikationen den Kauf unter dem Vorbehalt des Wiederkaufs — so im Schweizer ZG., im Code civil, in der englischen und islamischen Gesetzgebung — ohne auf eine Erwähnung des Wiederverkaufs zu stoßen, obwohl einem praktischen Vorkommen dieses Instituts rechtlich kaum ernste Bedenken entgegengesetzt werden könnten.

Zweiter Teil

Die Rechtsnatur des Kaufs unter dem Vorbehalt des Wiederverkaufs.

Allgemeines.

Durch die Tatsache, daß der Wiederverkauf von dem Gesetzgeber überhaupt nicht behandelt worden ist, ist es erklärlich, daß auch die Frage nach der Konstruktion dieses Rechtsinstitutes kaum Gegenstand ernstlicher Untersuchungen war. Eine Reihe namhafter Schriftsteller erwähnen den Wiederverkauf gar nicht, so Dernburg, Enneccerus, Cosack-Mitteis und Schollmeyer.

Andere wieder legen ihren Betrachtungen die spärlichen Ausführungen der Motive*) zu Grunde, die besagen, dass der Wieder-

*) Motive a.a.O. Bd. II, S. 342.

verkauf, wenn er vorkomme, sich meist als Kauf unter dem Vorbehalt des Reurechts darstellen werde. So Planck**); auch Endemann***) ist dieser Ansicht. Aehnlich auch Crome ****): „Das Wiederverkaufsrecht ist nach Art eines bedungenen Rücktrittsrechts vom Vertrage, jedoch ohne Rückwirkungen zu behandeln. Staudinger*) führt nur die Bestimmungen der Motive an, ohne selbst dazu Stellung zu nehmen, so daß auch er die Auffassung vertritt, daß sich der Vorbehalt des Wiederverkaufs als Vorbehalt des Reurechts darstellt. Auch Hohmann††), der nur einige der hier zitierten Schriftsteller anführt, ohne in eine wirkliche Prüfung der Frage einzutreten, teilt diese Auffassung und baut seine ganze Arbeit, soweit sie das Wiederverkaufsrecht behandelt, auf obiger Konstruktion auf.

Klemp†††) weist diese Auffassung zurück. Denn es wird dabei übersehen, so führt er aus, daß sich die Motive nur unbestimmt ausdrücken, daß sie nur sagen, das Wiederverkaufsrecht stelle sich m e i s t als Vorbehalt des Reurechts dar. Damit ist aber für die Rechtsnatur des Wiederverkaufs wenig gewonnen. Es bleiben immer die beiden Möglichkeiten offen: Entweder ist das in Frage stehende Rechtsgeschäft eine Vereinbarung des Rücktrittsrechts, oder es ist ein Kauf unter dem Vorbehalt des Wiederverkaufs. Dies aber ist Tatfrage. In dieser Arbeit soll nur der zweite Fall behandelt werden.

Eine vierte Gruppe von Autoren will den Wiederverkauf dem Wiederkauf gleichsetzen. Diese müssen notwendigerweise bei beiden Instituten die gleiche rechtliche Natur annehmen, wenn sie die analoge Anwendung der Vorschriften über den Wiederkauf auf die unter den Wiederverkauf fallenden Rechtsgeschäfte befürworten. So Eck*[1]): „Ein solches pactum (gemeint ist das pactum de retroemendo) ist analog wie der Wiederkauf zu behandeln.“ Der Reichsgerichtsräte-Kommentar**[2]) bekennt sich zu der gleichen Auffassung, wenn er über den Wiederverkauf schreibt: „Auch dem K ä u f e r kann ein Wiederverkaufsrecht vorbehalten werden. Es ist im BGB. nicht geregelt, die Vorschriften des § 497 sind aber entsprechend anzuwenden.“ Ueber die Rechtsnatur des Wieder-

**) Planck, a.a.O. Vorbem. zu § 497. Bem. 5.
***) Endemann, a.a.O. Bd. 2, S. 729.
****) Crome, a.a.O. Bd. 2, S. 493.
*) Staudinger, a.a.O. Bd. 2b, S. 151.
††) Hohmann, a.a.O. S. 14 f.
†††) Klemp, a.a.O. S. 5.
*[1]) Eck, a.a.O. S. 466.
**[2]) RGR.-Komm. a.a.O. S. 107.

verkaufsrechts schreibt Seuffert***), daß in Ansehung der juristischen Konstruktion des Wiederverkaufsrechts dieselben Fragen auftauchen, wie bei dem Wiederkaufsrecht... Er sei der Ansicht, daß in dem Vorbehalt des Wiederverkaufsrechtes ebenso wie in dem Vorbehalt des Wiederkaufsrechtes eine Abschließung eines bedingten Kaufvertrages liege. Da die Konstruktion des Wiederverkaufsrechtes keine andere sein könne als die des Wiederkaufsrechtes, so verweise er auf die Gründe der verschiedenen Schriftsteller bei Prüfung der Rechtsnatur des Wiederkaufs. So führt auch Klemp*) aus, daß sich bei der juristischen Konstruktion des Wiederverkaufsrechtes dieselben Fragen ergeben wie bei dem Kauf unter dem Vorbehalt des Wiederkaufs.

Um bei der Prüfung der rechtlichen Natur unseres Institutes die Theorien über die Rechtsnatur des Wiederkaufsrechtes verwerten zu können, müssen wir uns die Frage beantworten, ob beide Institute notwendigerweise die gleiche Rechtsnatur haben müssen, oder ob es denkbar ist, daß der Wiederverkauf anders konstruiert werden kann — natürlich vom Gesichtspunkt immer nur einer bestimmten Theorie aus — als der Wiederkauf.

In der Einleitung hatten wir gesehen, daß, je nachdem ob wir einen Wiederverkauf oder einen Wiederkauf vor uns haben, nur eine Umkehrung von Berechtigung und Verpflichtung eintritt, nicht dagegen die Parteirollen vertauscht werden. Beim Wiederverkauf stellt sich das Recht des Wiederverkäufers dar als die Berechtigung, vom Vertragsgegner bei Geltendmachung seines Rechts verlangen zu können, daß dieser die Sache zurückkauft. Beim Wiederkauf ist der Wiederkäufer berechtigt, vom Kontrahenten verlangen zu können, daß er die Sache zurückverkauft. Wir sehen also, daß beim Wiederverkauf sowohl als auch beim Wiederkauf durch Geltendmachung des Rechtes seitens des Berechtigten die sich für den Kontrahenten ergebenden Verpflichtungen — zu kaufen oder zu verkaufen — entstehen.

Beide Rechtsinstitute sind demnach so geartet, daß sie vom Gesichtspunkt ihrer Rechtsnatur aus gemeinsam behandelt werden können, d. h. wir dürfen die bereits für den Wiederkauf von der Wissenschaft herausgebildeten Theorien gefahrlos für den Wiederverkauf übernehmen.

Ueber die rechtliche Natur des Wiederkaufsrechtes herrscht heute noch Streit. Wenn man auch die Theorie des aufschiebend

---

***) Seuffert in der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, Jahrgang 1907, S. 20.

*) Klemp, a.a.O. S. 6.

bedingten Rückkaufs noch als herrschende*) bezeichnen kann, so gewinnt doch die von Schollmeyer**) begründete Einlösungstheorie, also ein Gestaltungsrecht auf einseitige Schöpfung eines gegenseitigen Schuldverhältnisses, die in dieser Arbeit vertreten wird, immer mehr Anhänger.

Die Motive***) lassen die Absicht des Gesetzgebers erkennen, Angaben über die Rechtsnatur des Wiederkaufs nicht zu machen, sondern dies der Literatur vorzubehalten.

Vorvertragstheorie.

Vor Einführung des BGB. war herrschende Theorie****) die sogenannte Vorvertragstheorie. Nach ihr ist der Vorbehalt des Wiederkaufsrechtes ein Vorvertrag, gerichtet auf Abschluß eines Wiederkaufsvertrages. Inwieweit diese Theorie für das gemeine Recht ihre Berechtigung hatte, kann dahingestellt bleiben. Für das Wiederverkaufsrecht und Wiederkaufsrecht nach BGB. kann sie nicht anerkannt werden, und zwar hauptsächlich aus folgenden Gründen. Um die beabsichtigten Wirkungen eines Wiederkaufs herbeizuführen, sind drei rechtsgeschäftliche Akte erforderlich:

1. der ursprüngliche Kauf,
2. der sich anschließende Vorvertrag auf Wiederkauf,
3. der Wiederkauf selbst.

Schon Windscheid†) muß aber zugeben, daß derselbe Vertrag auch ohne die Zwischenstufe eines pactum de contrahendo direkt auf Abschluß des Rückkaufs zielen könne. Da also die Einschiebung eines Vorvertrages nicht notwendig erscheint, wird man die einfache Konstruktion dieser gekünstelt erscheinenden vorziehen müssen. Ferner bestimmt § 497 Abs. 2 BGB., daß die Erklärung, den Wiederkauf ausüben zu wollen, nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form bedarf. Wollen wir diese positive Gesetzesvorschrift mit der Theorie des Vorvertrages in Uebereinstimmung bringen, so kommen wir zu dem unhaltbaren Ergebnis, daß auf dem Umweg über einen Wiederkauf die Formvorschriften des BGB. umgangen werden könnten. Ferner tritt der neue Rechtszustand durch die e i n seitige

---

*) s. Enneccerus-Lehmann § 116. S. 393/4.

**) a.a.O. S. 40 f., ebenso von Thur III. S. 278: Anm. 53, Planck, § 496, Anm. 3.

***) Motive a.a.O. S. 340.

****) Im Gemeinen Recht vgl. dagegen D. 19, 5, 12; Cod. 4, 54, 2.

†) Windscheid-Kipp, Bd. 2 S. 509.

Erklärung des Berechtigten ein, ohne daß der „Vertragsgegner" einzuwilligen braucht. Dies widerspricht aber der Konstruktion eines Vertrages.

Rücktrittstheorie.

Noch eine andere Theorie des gemeinen Rechts über die Rechtsnatur des Wiederkaufs wurde für das moderne Recht übernommen, die Rücktrittstheorie. Kuhlenbeck*) hat die von Bechmann begründete Theorie auf das Wiederkaufsrecht des BGB. angewendet. Daß dabei Abweichungen von den allgemeinen Regeln zutage treten, hat auch Kuhlenbeck erkannt. Wir sehen jedoch die Abweichungen für so schwerwiegend an, daß damit die Anwendung der Theorie überhaupt hinfällig wird. Auf den Vorbehalt des Rücktrittsrechtes finden die Bestimmungen der §§ 346 ff. BGB. Anwendung. Durch die Erklärung des Rücktritts tritt nach der heute herrschenden Lehre**) Auflösung des gesamten Schuldverhältnisses ex tunc ein, der gezahlte Kaufpreis ist zu verzinsen. Beim Wiederkauf dagegen tritt k e i n e Auflösung des ursprünglichen Kaufvertrages ein, sondern ein neues Rechtsverhältnis entsteht. Haftet dem neuen Rechtsverhältnis ein Rechtsmangel an, der Nichtigkeit zur Folge hat, so wird nur das neue Rechtsverhältnis davon ergriffen, der ursprüngliche Vertrag bleibt wirksam. Auch findet beim Wiederkauf keine Verzinsung des Kaufpreises statt. Nach Rücktrittsrecht müssen die empfangenen Leistungen ex tunc zurückgewährt werden, d. h. der erhaltene Kaufpreis muß zurückgezahlt werden. Beim Wiederkauf hingegen braucht der K a u f preis nicht als W i e d e r k a u f s preis vereinbart zu sein. Die Preisfestsetzung kann auch erst nach der Erklärung des Berechtigten, sein Wiederkaufsrecht ausüben zu wollen, erfolgen. (§ 501 BGB Schätzungswert.) Eine weitere wesentliche Abweichung der positiven Gesetzesvorschriften über den Wiederverkauf von denen über Rücktritt ergibt sich aus § 503 BGB. Ist beim Wiederkauf keine Zeit bestimmt, bis zu der das Wiederkaufsrecht ausgeübt werden muß, so gelten die in § 503 genannten Fristen. Während der Rücktrittsgegner nach § 355 BGB. durch Setzung einer angemessenen Frist Klarheit darüber erlangen kann, ob der Berechtigte zurücktreten will oder nicht, ist dem (späteren) Wiederverkäufer eine solche Möglichkeit nicht gegeben. Als Folge dieser Gegenüberstellung müssen wir erkennen, daß das

*) Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. Bd. 2 S. 268 ff.

**) Enneccerus-Lehmann, a.a.O. § 262 II.

Wiederkaufsrecht kein Rücktrittsrecht sein kann oder ihm gleichgestellt werden darf.

Offertentheorie.

Eine andere Konstruktion hat Planck*) versucht, die sogenannte Offertentheorie, der sich Endemann**) und Eck***) angeschlossen haben. Danach ist der Vorbehalt des Wiederkaufs aufzufassen als „ein auf Wiederverkauf gerichteter Vertragsantrag, an den der Käufer für die in § 503 BGB. bezeichnete Frist gebunden ist." Gerade die Bestimmung des § 503 BGB. ist mit dem Begriff der Offerte, wie ihn das BGB. herausgebildet hat, nur schwer vereinbar, wenn auch nicht unmöglich. In § 147 BGB. bestimmt der Gesetzgeber, daß der einem Anwesenden gemachte Antrag nur sofort angenommen werden kann, der einem Abwesenden gemachte Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt, in dem unter regelmäßigen Umständen eine Antwort an den Antragsteller gelangen kann. Da nach § 503 BGB. diese Ausschlußfrist mangels anderer Vereinbarung bei Immobilien dreißig Jahre beträgt, kann wohl kaum in dem Vorbehalt des Wiederkaufs eine Offerte erblickt werden. So auch Enneccerus†). Auch scheint mir § 497 Abs. 2 BGB. mit der Offertentheorie nicht in Einklang zu bringen sein. Es ergeben sich auf dem Boden der Planck'schen Theorie bei Anwendung dieses Paragraphen die gleichen Konsequenzen, wie wir sie oben bei der Vorvertragstheorie gesehen haben, nämlich eine Ausschaltung der Vorschrift des § 313. Alles in allem, kann auch diese Theorie — von der übrigens Planck selbst schon abgerückt ist — die sich aus der Rechtsnatur des Wiederkaufs ergebenden Fragen nicht zufriedenstellend klären.

Theorie des aufschiebend bedingten Rückkaufs.

Eine weitere Theorie hat Enneccerus††) aufgestellt, der in dem Wiederkauf einen aufschiebend bedingten Rückkauf sieht, bei dem die Parteien vereinbaren, „daß die Sache an den Verkäufer, wenn dieser eine darauf gerichtete Erklärung abgebe, zurückverkauft sein soll." Diese Theorie hat überwiegend Anklang gefunden

*) Planck a.a.O. Vorbem. zu § 497.
**) Endemann, a.a.O. I § 162 Nr. 3.
***) Eck, a.a.O. I § 77 S. 405.
†) Enneccerus-Lehmann, II § 116 S. 393.
††) Enneccerus-Lehmann, II, § 116 S. 393, a.a.O. Bd. 2 S. 350.

und darf wohl als herrschende bezeichnet werden**). Wenn sich Verfasser dieser Arbeit der Theorie des suspensiv bedingten Rückkaufs nicht anzuschliessen vermag, so beruht dies aus folgenden Gründen:

1. Einmal fordert diese Theorie die Konstruktion, daß im Anschluss an den ursprünglichen Kaufvertrag über eine Sache ein zweiter Kaufvertrag abgeschlossen wird, durch den dieselbe Sache an denselben Verkäufer vom gleichen Käufer — wenn auch aufschiebend bedingt — zurückverkauft wird. Diese Konstruktion erscheint immerhin lebensfremd und unnatürlich, so daß man nur im äußersten Notfalle von solchen Konstruktionen Gebrauch machen solle.

2. Ein weiterer Einwand gegen diese Theorie ist auch von Oertmann*) gemacht worden: Die Theorie des suspensiv bedingten Rückkaufes erkläre bestenfalls das vertragsmässige, nicht das gesetzliche Wiederkaufsrecht. Dieser Einwand ist von den Anhängern der Theorie des Enneccerus nicht widerlegt worden. Ein gesetzliches Wiederkaufsrecht, wie wir es heute in den §§ 20 und 21 des Reichssiedlungsgesetzes haben, kann nicht als ein aufschiebend bedingter Rückkauf konstruiert werden. Aufgabe des gemeinnützigen Siedlungsunternehmens ist es, Ansiedlungen zu begründen oder zu erweitern, wobei jedoch die Kaufverträge zwischen den Parteien, nur mit Hilfe des Unternehmens, zustande kommen. Wie soll nun ein Rückkaufsrecht des Siedlungsunternehmens als suspensiv bedingter Kauf konstruiert werden können, wo doch der ursprüngliche Kaufvertrag zwischen Käufer und Verkäufer des Grundstückes zustande gekommen ist? Wie kann dem C. ein Wiederkaufsrecht an einem Grundstück eingeräumt werden, das A. an B. verkauft hat, wenn man das Wiederkaufsrecht als mit Abschluß des Kaufvertrages zwischen A. und B. durch bedingten Rückkauf entstanden konstruieren will?

3. Ferner steht auch die Vorschrift des § 503 BGB. der Theorie eines suspensiv bedingten Rückkaufes entgegen. Aus einem Kaufvertrage hat der Berechtigte einen Anspruch auf Leistung, dieser Anspruch jedoch unterliegt gemäß §§ 194 ff. der Verjährung. Für den Wiederkauf bestimmt aber das Gesetz, daß die Ausübung des Wiederkaufsrechtes an eine Ausschlußfrist gebunden ist. Dieses

---

**) Staudinger, a.a.O. Vorbem. 1. 3 zu § 497; Staub, Komm. zum HGB., Vorbem. zu § 373 Anm. 22a; Seuffert in der Leipziger Zeitschrift 1907, S. 20 ff; Warneyer, Komm. zum BGB., Bem. 1 zu § 497; RGR.-Komm. Bem. 1 zu § 497; Hahn, a.a.O. S. 34 ff.

*) Oertmann, a.a.O. Vorbem. zu § 497.

Fehlen der Verjährung kann nach der Enneccerus'schen Theorie nicht erklärt werden.

4. Das Hauptargument gegen diese Theorie liefert aber der § 498 BGB. Abs. 2 Satz 2. Er lautet:

> Ist der Gegenstand ohne Verschulden des Wiederverkäufers verschlechtert oder ist er nur unwesentlich verändert, so kann der Wiederkäufer Minderung des Kaufpreises n i c h t verlangen.

Dem gegenüber bestimmt das BGB. in § 323 Abs. 1:

> Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung; bei teilwieser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleitung nach Maßgabe der §§ 472, 473,

wonach also auf den Wiederkauf angewendet, der Wiederkäufer Minderung des Kaufpreises verlangen könnte.

Auch für den Kauf bestimmt das Gesetz in § 446, daß die Gefahrtragung mit der Uebergabe der Sache auf den Käufer (den späteren Wiederverkäufer) übergeht .

Der in diesen beiden Paragraphen zutage tretende Rechtsgedanke, daß der Besitzer einer gekauften Sache die Gefahr zu tragen habe, weil er auch die Vorteile des Besitzers habe, wird in § 498 Abs. 2 Satz 2 BGB. genau umgekehrt, jedoch soll trotzdem ein Kauf vorliegen.

Enneccerus*) versucht, diesen Einwand dadurch zurückzuweisen, dass er sagt, der Wiederkäufer sei gegen Schädigungen dadurch gedeckt, daß er ja sein Wiederkaufsrecht nicht auszuüben brauche**). Dem setzt Haymann mit Recht entgegen***), daß man auch dem gewöhnlichen Käufer, der unbedingt gekauft hat und dann Wandlung oder Minderung verlangt, nicht entgegnen könne, er habe nicht zu kaufen brauchen. Warum solle man den Einwand nur darum gestatten, weil hier der Wiederkäufer den sogen. Wiederkauf gewissermaßen in zwei Stadien erst zur Vollendung bringe? Auch eine Erklärung, in § 497 Abs. 2 sei dem Wiederkäufer die Chance eingeräumt worden, zum Preise des ursprünglichen Kaufs auch dann wiederkaufen zu können, wenn der Gegenstand im Marktwert gestiegen sei, und deshalb müsse er sich eine Verschlechterung, die

---

*) Enneccerus-Lehmann, a.a.O. Bd. II. S. 359 Anm. 9.

**) Aehnlich auch Motive, a.a.O. II. S. 343.

***) Haymann in Juristische Wochenschrift, Jahrg. 1930 S. 823 ff, Anm. zu Nr. 21.

ohne Verschulden des Wiederverkäufers eingetreten ist, gefallen lassen, will nicht überzeugen. Denn soll es sich der Wiederkäufer gefallen lassen, weil er die Chance einer Wertsteigerung hat, daß eine wirkliche Verschlechterung eintritt? Soll er, — wie Haymann sagt — weil die Möglichkeit einer Werterhöhung eines Hauses durch Anlegen einer neuen Straße besteht, die Gefahr dafür tragen, daß — unverschuldet — der Dachstuhl abbrennt oder das Haus vom Schwamm ergriffen wird?

Man hat versucht, alles mit Sonderbestimmungen zu erklären, um an der Theorie des aufschiebend bedingten Kaufes festzuhalten. Wohl kaum kann der Gesetzgeber ein Rechtsinstitut mit so einschneidenden Bestimmungen, die mit einem Kaufvertrage nicht in Einklang zu bringen sind, ausstatten, und dabei doch noch einen Kaufvertrag darin sehen wollen.

Einlösungstheorie.

Eine andere Theorie hat Schollmeyer*) begründet. Er lehnt die Vorvertragstheorie ab, weil es des Abschlusses eines zweiten Vertrages gar nicht bedarf, sondern nur der formlosen Erklärung des Wiederkäufers. Auch die Rücktrittstheorie befriedigt ihn nicht, wegen der nach § 501 BGB. möglichen Aenderung des Kaufpreises. So kommt er dazu, in dem vertragsmäßigen Vorbehalt des Wiederkaufs ein „Recht auf Einlösung, also auf Rückforderung, gegen Zahlung einer, in bestimmter Weise normierter Einlösungssumme" zu erblicken. In diesem Zusammenhang verweist Schollmeyer auf den § 1068 des ABGB. für Oesterreich, der den Wiederkauf als das Recht definiert, „eine verkaufte Sache wiedereinzulösen". Schollmeyer konstruiert das Wiederkaufsrecht als ein Einlösungsrecht des Wiederkäufers, das seine rechtliche Grundlage in dem, zwischen Käufer und Verkäufer abgeschlossenen Vertrage hat, durch welchen dieses Recht dem Wiederkäufer eingeräumt ist. Durch Ausübung dieses Rechtes soll dann ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien entstehen, das kaufähnliche Wirkungen hat. Ueber die Möglichkeit solcher Rechte, die sich als Gestaltungsrechte darstellen, vgl. Seckel**) und Walsmann***). Seckel, der den Begriff „Gestaltungsrecht" in die juristische Literatur eingeführt hat, definiert diese als Rechte,

*) Schollmeyer, a.a.O. S. 22 f.

**) Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts in der Festgabe der Jur. Gesellschaft für Dr. Richard Koch. Berlin 1903. S. 263.

***) Walsmann, Ein Beitrag zur Lehre von der Wollensbedingung in Iherings Jahrbüchern, Bd. 54, S. 272.

deren Inhalt die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehungen durch einseitiges Rechtsgeschäft gewährt. Zitelmann†) nennt sie Rechte des rechtlichen Könnens; dieser Ausdrucksweise hat sich auch Oertmann*) angeschlossen, der sich jetzt auch der Schollmeyer'schen Einlösungstheorie zugewandt hat.**) Er sieht in dem Wiederkaufsrecht „ein dem Rücktrittsrecht ähnliches Recht des rechtlichen Könnens". Allgemein führt er über solche Rechte aus*), daß ihre Ausübung in der Regel durch einseitige Erklärung gegenüber dem Gegner geschieht. Gerade Oertmann hat an dem Ausbau und der Festigung der hier vertretenen Theorie einen hervorragenden Anteil.

Auch Cosack-Mitteis***) können als grundsätzliche Anhänger dieser Theorie angesprochen werden; es heißt dort: „Der Wiederkauf ist in Wahrheit gar kein Kauf, weil er kein Vertrag, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft ist."

Von den Anhängern der vorgenannten Theorien, insbesondere von den Anhängern der Enneccerus'schen Theorie des aufschiebend bedingten Rückkaufs sind eine ganze Reihe von Gegenargumenten gegen Schollmeyer und Oertmann vorgebracht worden, die wir hier kritisch untersuchen wollen.

Den Vorwurf, daß durch die Ausübung des einseitigen Einlösungsrechtes ein Kauf nicht zustande kommen könne, weist schon Oertmann zurück, indem er ausführt, daß es darauf ankomme, was man unter Kauf verstehe. „Wenn freilich nur einen vertragsmäßigen T a t b e s t a n d, so stellt die einseitige Erklärung natürlich keinen solchen dar. Anders aber, wenn wir an die Rechtsfolge denken, wie sie sich in der Regel aus einem solchen Vertragstatbestand ergibt. Wenn § 497 sie hier ausnahmsweise aus einer einseitigen Erklärung entstehen läßt, so ist dies nichts Unfaßbares oder Absonderliches, vielmehr kommt auch sonst Entsprechendes vor." Oertmann führt als Beispiel hierfür die fingierte Unmöglichkeit (§§ 250, 283, 326) an, ferner die Scheinvollmacht (§ 170 ff.) und die Abtretung (§ 407). Auch dadurch, daß der Gesetzgeber besondere Vorschriften nur über Rechtsfolgen von Handlungen des Wiederkäufers v o r der Ausübung des Wiederkaufsrechts aufstellt, gibt er seinen Willen dahin kund, daß auf die späteren Handlungen die allgemeinen Vorschriften über gegenseitige Verträge Anwendung finden sollen.

---

†) Zitelmann, Internationales Privatrecht, Bd. 2 S. 32 ff.
*) Oertmann a.a.O. Bd. 1 S. 712 f.
**) Oertmann, a.a.O. Bd. II. 2. Vorbem. 2 zu § 497.
***) Cosack-Mitteis, a.a.O. S. 596.

Weiter wird dieser Theorie der Vorwurf gemacht, daß nach ihr eine formlose Verpflichtung zur Veräußerung eines Grundstücks möglich sei. Auch dieser Vorwurf kann einer genauen Prüfung nicht standhalten, da ja die Begründung des „Einlösungsrechtes" in den Kaufvertrag vorgenommen wird, oder sogar gesondert von ihm vorgenommen werden kann, wobei sie dann ebenfalls unter Beobachtung der vorgeschriebenen Form zu erfolgen hat. Damit ist aber auch den rechtspolitischen Erwägungen, die dem § 313 BGB. zugrunde liegen, durchaus Rechnung getragen, zumal — wie Oertmann sagt — der Wiederkauf nichts Neues schaffen, sondern die alte Rechtslage wiederherstellen soll.*)

Für diese Theorie, der übrigens jetzt auch Reichelt**) nahesteht, scheint mir auch der Wortlaut des Gesetzes zu sprechen, wonach der Wiederkauf durch die Erklärung des Wiederkäufers „zustande" kommt. Damit ist nach der sonstigen Terminologie des Gesetzgebers das Entstehen eines Rechtsgeschäftes gemeint, das aber nach der Theorie des bedingten Rückkaufs bereits durch Abschluß des Vorbehalts — wenn auch aufschiebend bedingt — entstanden ist.†)

Während alle anderen Theorien eine befriedigende Erklärung für die Haftungsvorschriften des § 498 Abs. 2 schuldig bleiben, weil jene Vorschriften eben für einen Kauf sich günstigsten Falles als Sonderbestimmungen erklären lassen, ist die Theorie des Einlösungsrechts imstande, dieser Schwierigkeiten Herr zu werden. Sehen wir in dem Wiederkaufsrecht ein Recht auf Einlösung, ein Gestaltungsrecht für den jeweilig Berechtigten, so kommen alle die Bedenken, die gegen Enneccerus vorgebracht wurden††), in Fortfall, da eben kein Kauf vorliegt, sondern ein einseitiges Gestaltungsrecht. Wenn man das Wiederkaufsrecht in die Rechte zur Gestaltung fremder Rechtsverhältnisse (Rücktrittsrecht, Aufrechnungsrecht) eingliedert, so kann man auch mit Fug die bei solchen Rechten vorhandenen Rechtsgedanken vergleichend gegenüberstellen. Und dabei ergibt sich, daß gemäß § 347 Satz 1 der Rücktrittsgegner stets mit der Möglichkeit der Ausübung des Rücktrittsrechtes rechnen muß, und daher dem Berechtigten Schadensersatzforderungen gegen ihn für den Fall der verschuldeten Verschlechterung, des Untergangs oder einer aus einem anderen Grunde eingetretenen Unmöglichkeit zustehen. Genau dasselbe bestimmt der § 498 für den Wiederkauf. § 498 Abs. 2 Satz 2 bestimmt für den Fall einer nur

*) Aehnlich auch von Thur Bd. III S. 278; Walsmann, Verzicht S. 195.
**) Reichelt, bei Klemp, a.a.O. Geleitwort.
†) So auch Haymann, Juristische Wochenschrift Jahrg. 1930 S. 824 Spalte 1.
††) Vgl. S. 18 3) der Arbeit.

unwesentlichen Veränderung oder einer schuldlosen Beeinträchtigung des Kaufgegenstandes, daß für den Berechtigten Gewährleistungsansprüche überhaupt nicht gegeben sind. Mit vollem Recht erklärt Haymann*) die Tatsache, daß der Wiederkäufer nur Schadensersatzansprüche, nie aber Gewährleistungsansprüche haben könne, damit, daß der Wiederkäufer kein echter Käufer ist, also nicht erwarten darf, daß die wiedergekaufte Sache die zugesicherten Eigenschaften habe, wie er ja auch nicht erwarten darf, daß sie die Fehler nicht mehr habe, die sie vorher besaß, als er noch Eigentümer war. Im übrigen ergibt sich hier nichts anderes als beim Rücktrittsrecht, wo der zum Rücktritt berechtigte Verkäufer mangels der Voraussetzungen des § 347 BGB. bei Ausübung seines Rechtes den vollen Kaufpreis zurückzugewähren hat, auch wenn die Kaufsache inzwischen ohne Verschulden des Rücktrittsgegners verschlechtert ist.

Wie ebenfalls bei Besprechung der Theorie des suspensiv bedingten Rückkaufs**) erwähnt, kann jene Theorie das Fehlen der Verjährung beim Wiederkauf nicht erklären. Nach der hier vertretenen Ansicht kann das Wiederkaufsrecht gar keiner Verjährung unterliegen, da ein Gestaltungsrecht keinen Anspruch gewährt, und nur Ansprüche gemäß § 194 BGB. der Verjährung unterliegen. Natürlich ist eine zeitlich unbegrenzte Ausübungsmöglichkeit mit Oertmann***) als rechtspolitisch unerträglich abzulehnen. Deshalb hat auch das BGB. regelmäßig an Stelle der Verjährung eine Ausschlußfrist gesetzt, innerhalb welcher eine Ausübung des Rechtes nur möglich ist. Dies ist die Bedeutung des § 503 BGB. für den Wiederkauf. Nach Ablauf dieser Frist entsteht nicht etwa ein, die Ausübung des Rechtes hemmendes Gegenrecht, sondern es erlöscht grundsätzlich vollständig.

Ergebnis.

Wir kommen zu dem Ergebnis, daß die Theorie den Gesetzesbestimmungen über den Wiederverkauf am ehesten gerecht wird, die in dem Wiederkaufsrecht ein dem Berechtigten zustehendes Gestaltungsrecht auf Einlösung der Kaufsache gegen Zahlung einer in bestimmter Weise normierten Einlösungssumme sieht; wobei Recht im Kaufvertrag selbst oder in Verbindung mit ihm unter Beobachtung der erforderlichen Form vorbehalten ist. Verfasser schließt

*) Haymann, Juristische Wochenschrift Jahrg. 1930 S. 826 Spalte 2.
**) Vgl. S. 18 der Arbeit.
***) Oertmann, a.a.O. Band I S. 713.

sich daher der von Schollmeyer begründeten Theorie für den Wiederkauf an.

Die gleichen Erwägungen führen auch zur Annahme dieser Theorie für das Gebiet des Wiederverkaufs, da — wie oben ausgeführt — die Umkehr der Parteiinteressen wohl für die Anwendung einzelner positiver Gesetzesbestimmungen des Wiederkaufs auf den Wiederverkauf, nicht aber für die rechtliche Konstruktion unseres Institutes von Bedeutung ist.

Dritter Teil.

Das Wiederverkaufsrecht.

A. Entstehung des Wiederverkaufsrechtes.

1. Entstehungsgrund.

a) Gesetz.

Schon aus § 497 BGB. geht für das Wiederkaufsrecht hervor, daß das Bürgerliche Gesetzbuch nur das vertragsmäßige, nicht das durch Gesetz zur Entstehung gelangte Wiederkaufsrecht bzw. Wiederverkaufsrecht regeln will. Während früher gesetzliche Wiederkaufsrechte keine Seltenheit waren, wurden sie im Laufe des vorigen Jahrhunderts aufgehoben; das letzte gesetzliche Wiederkaufsrecht des Allgemeinen Berggesetzes für die Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865 wurde nach richtiger Auffassung*) durch das Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874 aufgehoben. Erst in neuerer Zeit ist durch die §§ 20, 21 des Reichssiedlungsgesetzes vom 11. August 1919 wieder ein gesetzliches Wiederkaufsrecht geschaffen worden.

Für das Wiederverkaufsrecht gibt es keine Entstehung kraft Gesetzes; es kann nur auf Grund von Parteivereinbarungen zur Entstehung gelangen.

b) Vertrag.

Auf die Entstehung des vertraglichen Wiederverkaufsrechtes dürfte die Vorschrift des § 497 Abs. 1 Satz 1 analog anzuwenden sein; es ergibt sich dann die Bestimmung:

> Hat sich der Käufer in dem Kaufvertrage das Recht des Wiederverkaufs vorbehalten, so kommt der Wiederverkauf mit der Erklärung des Käufers gegenüber dem Verkäufer, daß er das Wiederverkaufsrecht ausübe, zustande.

*) Hahn a.a.O. S. 42; Schlesinger, a.a.O. S. 18.

Daraus folgt, das der Wiederverkauf nur im Anschluß an einen Kaufvertrag möglich, also streng accessorisch ist. Es muß der ursprüngliche Kaufvertrag gültig sein*). Dies gilt auch dann, wenn die Nichtigkeit des Kaufvertrages gerade in der Wiederverkaufsvereinbarung begründet liegt. So ist denkbar, daß die Parteien gar keinen Kauf unter dem Vorbehalt des Wiederverkaufs abschließen, sondern ein Pfandgeschäft vornehmen wollten. Dies wird Tatfrage sein. Ergibt sich jedoch der Wille der Parteien als auf ein Pfandgeschäft gerichtet, so ist das ganze Rechtsgeschäft gemäß § 139 BGB. nichtig, eventuell finden nach § 140 BGB. die Vorschriften über das verdeckte Rechtsgeschäft, das Pfandgeschäft, Anwendung. Hier kann die Bestimmung des § 139 BGB. am Ende nicht angewendet werden, da man wohl nicht annehmen kann, daß das Teilgeschäft gewollt war. Ein anderer Fall, in dem die Nichtigkeit des ursprünglichen Kaufvertrages durch die nachfolgende Vereinbarung begründet wird, liegt dann vor, wenn der Wiederverkaufspreis in grobem Mißverhältnis zu dem Kaufpreis steht. Gerade dieser Fall ist beim Wiederverkauf — im Gegensatz zum Wiederkauf — sehr leicht vorstellbar. Um eine unzulässig hohe Verzinsung zu verbergen, können die Parteien vereinbaren, daß der Darlehnsnehmer dem Darlehnsgeber einen Gegenstand in Höhe der geliehenen Summe verkauft unter dem Vorbehalt des Wiederverkaufsrechtes für den Käufer, so daß der Käufer (in Wirklichkeit der Darlehnsgeber) den Verkäufer (Darlehnsnehmer) zum Rückkauf zu dem vereinbarten höheren Preis zwingen kann. Bei Abschluß solcher Verträge wird es in fast allen Fällen um Ausbeutung der Notlage des Geldnehmers handeln, durch die sich der Geldgeber als unberechtigten Vermögensvorteil die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Wiederverkaufspreis versprechen läßt. Eine solche Vereinbarung fällt unter die Bestimmungen des Wucherparagraphen § 138 BGB., nach denen ein Rechtsgeschäft nichtig ist, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen läßt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung stehen. Damit wird auch der ursprüngliche Kaufvertrag, also das ganze Rechtsgeschäft nichtig.

Im allgemeinen wird die Vereinbarung eines Wiederverkaufsrechtes gleichzeitig mit dem Abschluß des Kaufvertrages erfolgen. Diesen Fall allein hat das Gesetz beim Wiederkauf zum Ausdruck gebracht. Es entsteht die Frage, ob der Vorbehalt des Wie-

*) So auch RGR.-Komm. Bem. 1 zu § 497; Hahn, a.a.O. S. 43.

derverkaufs auch n a c h oder v o r Abschluß des Kaufvertrages vereinbart werden kann. Schon die Motive*) reden vom Wiederverkauf als von dem, einem Kaufvertrag beigefügten oder in Ergänzung des Kaufvertrages nachher vereinbarten Vorbehalt. Es ist heute so gut wie unbestritten, daß der Wiederverkaufsvorbehalt nachträglich vereinbart werden kann, jedoch muß der Zusammenhang mit dem Kaufvertrage sich zweifelsfrei ergeben.**) Dies hat in vollem Umfang auch für das Wiederverkaufsrecht Geltung. Für den Wiederkauf läßt sich dies auch aus § 503 BGB. folgern, in dem die Ausübungsfrist von der Vereinbarung des Vorbehalts an zu laufen beginnt, nicht vom Abschluß des Kaufvertrages. Zur Frage, ob der Vorbehalt des Wiederverkaufs auch v o r Abschluß des Kaufvertrages vereinbart werden kann, äußert sich Hahn***) für den Wiederkauf dahin, daß eine solche vorherige Vereinbarung wohl möglich ist, Wirksamkeit jedoch erst mit Zustandekommen eines gültigen Kaufvertrages erlangt. Dem ist für den Wiederverkauf beizustimmen.

2) Entstehungszeit.

Das geltende Recht läßt sich über die Frage, wann das Wiederkaufs r e c h t bzw. Wiederverkaufs r e c ht zustande kommt, nicht näher aus. § 497 Abs. 1 S. 1, den wir auch auf das Wiederverkaufsrecht anwenden wollen, besagt nur, daß der Wiederkauf und somit auch der Wiederverkauf mit der Erklärung des Berechtigten zustande kommt. Sinngemäß ist wohl anzunehmen, daß das Wiederverkaufsr e c h t mit seiner Vereinbarung zum Entstehen gelangt. Wir haben oben gesehen, daß die Vereinbarung des Vorbehalts des Wiederverkaufs nicht mit dem Kaufabschluß zusammen erfolgen muß; aber auch mit der Vereinbarung braucht nicht notwendigerweise das Wiederverkaufsrecht zu entstehen. Es kann durchaus im berechtigten Parteiinteresse liegen, den Zeitpunkt für die Möglichkeit einer Geltendmachung des Wiederverkaufsrechtes hinauszuschieben, um dem Verkäufer Gelegenheit zu geben, bis zur Erklärung des Wiederverkaufs, das erforderliche Geld zusammenzubringen, oder mit dem aus dem Verkauf erhaltenen Gelde die gewollten Ziele erreicht zu haben. Dieser Fall dürfte in praxi der weitaus überwiegende sein, soweit es sich um Wiederkaufsrechte bzw. Wiederverkaufsrechte in Immobilien handelt. Man wird sogar mit

*) Motive, a.a.O. Bd. II S. 339.
**) Vgl. Planck, a.a.O. Bem. zu 1 zu § 497 RGR.-Komm. Bem. 2 zu § 497; Hahn a.a.O. S. 44; Klemp, a.a.O. S. 14; u. a.
***) Hahn, a.a.O. S. 44.

Klemp†) annehmen müssen, daß selbst dann, wenn eine Zurückverlegung des Zeitpunktes nicht ausdrücklich vereinbart ist, sie sich aus den Umständen ergeben kann.

Eine weitere Streitfrage ist, ob die Erklärung, das Wiederverkaufsrecht ausüben zu wollen, schon vor der Uebergabe oder Auflassung erfolgen kann. Für das Wiederkaufsrecht des gemeinen Rechtes entschied Glück††) dahin, daß nur nach Vollzug der sich aus dem Kaufvertrag ergebenden Verpflichtungen das Wiederverkaufsrecht ausgeübt werden könne, weil anders die Erfüllung der Wiederkaufsverbindlichkeit nicht denkbar sei. Das ist zu bestreiten, da der Kauf ein Konsensualvertrag ist, die rechtlichen Wirkungen mithin allein durch die Abgabe der übereinstimmenden Willenserklärungen beider Parteien eintreten. Mit Recht nimmt Hahn**) an, daß es für den Wiederkauf wohl möglich ist, vor Uebergabe oder Auflassung der im Kaufvertrag bestimmten Sache von dem Wiederkaufsrecht Gebrauch zu machen. So auch Klemp***) für den Wiederverkauf. Für den Wiederverkauf hat die Streitfrage Bedeutung in dem Fall, daß der ursprüngliche Käufer von seinem Wiederverkaufsrecht Gebrauch macht, ehe die Sache ihm übergeben oder aufgelassen ist. Verfasser schließt sich der Auffassung an, daß das Wiederverkaufsrecht schon vor geschehener Tradition oder Auflassung erfolgen kann. Es entspricht auch dem Rechtsgedanken des BGB., daß jemand eine Sache verkaufen kann, ohne Eigentümer zu sein, da die obligatorische Wirkung eines Rechtsgeschäftes von der dinglichen scharf zu trennen ist (§ 433 BGB.).

3) Form des Wiederverkaufsvorbehaltes.

Das Gesetz sagt beim Wiederkauf nichts über die Form des Wiederkaufsvorbehaltes. Die Bestimmung des § 497 Abs. 1 Satz 2 bezieht sich nur auf die Erklärung des Wiederkäufers, nicht auf den Vorbehalt des Wiederkaufs und ist unten im Zusammenhang mit der Ausübung des Rechtes zu behandeln.

Für die Form des Wiederverkaufsvorbehaltes fehlt es demnach an jeder analog zu verwendenden gesetzlichen Bestimmung, so daß die allgemeinen Vorschriften über Formen von Verträgen Platz greifen. Danach gilt für den Abschluß von Rechtsgeschäften grundsätzlich Formfreiheit. Jedoch sieht das Gesetz einige Fälle vor, in denen es die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes von der Innehaltung einer bestimmten Form abhängig macht.

---

†) Klemp, a.a.O. S. 15.
††) Glück, a.a.O. S. 213.
**) Hahn, a.a.O. S. 46.
***) Klemp, a.a.O. 16.

Demnach ergibt sich auch für den Vorbehalt des Wiederverkaufs, entsprechend den allgemeinen Regeln des BGB., daß ein formloser Abschluß zur Gültigkeit ausreichend ist. Hiervon sind beim Wiederverkauf hauptsächlich zwei Ausnahmen zu machen. Einmal für den Fall, daß die Parteien eine bestimmte Form vereinbart haben, zum anderen, wenn durch den Wiederverkauf Eigentum an Immobilien zurückübertragen werden soll. Hier greift die Vorschrift des § 313 Abs. 1 BGB. durch, der für alle Verträge, durch die sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, gerichtliche oder notarielle Beurkundung fordert. Soll also eine Eigentumsübertragung an Immobilien vereinbart werden, so muß auch der Wiederverkaufsvorbehalt in der vorgeschriebenen Form abgeschlossen werden.

Dabei ergibt sich die Notwendigkeit, die Frage zu prüfen, ob bei formgerechtem Abschluß des Hauptvertrages auch der Vertrag, durch den der Wiederverkaufsvorbehalt eingeräumt wird, noch erneut der Form bedarf. Erfolgt der Abschluß beider Verträge gleichzeitig, so ist anzunehmen, daß es einer gesonderten Beurkundung des zweiten Vertrages nicht mehr bedarf, vielmehr wird dieser durch die Form des ersten gedeckt.*) Erfolgt der Abschluß der Vereinbarung später, so ist diese gesondert formbedürftig. Das ergibt sich schon aus der rechtlichen Natur des Wiederverkaufs, da hier beim Abschluß der Wiederkäufer als Vertragspartner des Wiederverkäufers die einzige Möglichkeit hat, bestimmend in das gegenseitige Rechtsverhältnis einzugreifen, weil ja nach der hier vertretenen Auffassung des Wiederverkaufsrechtes als eines Gestaltungsrechtes die künftige Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Wiederkäufer und Wiederverkäufer allein beim letzten liegt.**)

Ist nun eine Vereinbarung über Einräumung eines Wiederverkaufsrechtes ohne die erforderliche Form zustande gekommen, so ist sie schlechthin nichtig gemäß §§ 125/313 BGB. Jedoch kann eine eine Heilung dem ganzen Inhalt nach laut § 313 Abs. 2 BGB. eintreten, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen. Hierbei sind in Anwendung auf die Vereinbarung des Wiederverkaufsrechtes mehrere Möglichkeiten zu unterscheiden.

1. Bei gleichzeitigem Abschluß des Hauptvertrages und des Vorbehaltes erfaßt eine Heilung der Nichtigkeit nicht nur den Hauptvertrag, sondern auch die Einräumung des Vorbehalts, da — wie oben angeführt — die Heilung den Vertrag in seinem gan-

*) Vgl. RGR.-Komm. Bem. 5 zu § 497.

**) Zu dem gleichen Ergebnis kommen auch Klemp, a.a.O. S. 17; RGR.-Komm. Bem. 5 zu § 497; u. a.

zen Inhalte nach gültig werden läßt, also notwendigerweise nicht nur die wesentlichen Bestandteile, sondern alle Zusatzabreden; denn im anderen Falle würde eine einseitige Wirkung der Heilung die Nichtigkeit nicht beseitigen können, wenn der Vertrag ohne diese Abreden nicht gewollt war (§ 139 BGB.).

2. Fällt der Abschluß beider Verträge auseinander, so daß der Vorbehalt erst nach Abschluß des Hauptvertrages vereinbart worden ist — was im Rahmen des weiter oben Ausgeführten möglich ist — so ergibt sich hier:

a) Erfolgt die Auflassung und Eintragung n a c h Abschluß des Vorbehaltes, so gilt das gleiche wie bei 1., die Heilung ergreift beide Verträge, d. h. beide sind gültig.

b) Erfolgt die Auflassung und Eintragung v o r Abschluß der Wiederverkaufsvereinbarung nach Abschluß das Hauptvertrages, so gilt zunächst einmal, daß die Heilung unzweifelhaft den Hauptvertrag erfaßt. Den Vorbehalt kann sie grundsätzlich nicht mit umfassen, da nach dem Wortlaut des Gesetzes in § 313 ein ohne Beobachtung der Form geschlosener Vertrag nur dann durch die Auflassung und Eintragung geheilt werden kann, wenn diese n a c h Abschluß des zu heilenden Vertrages erfolgen. Der Vorbehalt ist somit nichtig. Meistens wird dann auch gemäß § 139 BGB. der Hauptvertrag nichtig sein, da dieser ohne die Wiederverkaufsabrede nicht gewollt sein dürfte.

3. Erfolgt die Vereinbarung des Wiederverkaufsvorbehaltes v o r Abschluß des Kaufvertrages*), so gilt ebenfalls das zu 1. Gesagte: Es tritt Heilung des Vorbehaltes und des Hauptvertrages ein, da ja — wie wir gesehen haben — der Vorbehalt erst mit Abschluß des Hauptvertrages Wirksamkeit erlangt.

4. Voraussetzungen des Wiederverkaufsrechtes. — Die wesentlichen Bestandteile der Wiederverkaufsvereinbarung.

Voraussetzung zur Ausübung des Wiederverkaufsrechtes ist der Abschluß eines gültigen Vertrages, dessen Inhalt es ist, dieses Recht dem einen Teile, dem Wiederverkäufer, einzuräumen.

Ein Wiederverkauf kann nur stattfinden, wenn zuvor ein Verkauf der gleichen Sache an den Wiederverkäufer erfolgt ist; demnach gehört der Abschluß eines gültigen Kaufvertrages begrifflich zur Voraussetzung des Wiederverkaufs. Hinzu muß noch die Vereinbarung des Wiederverkaufsvorbehaltes treten. Zum Zustandekommen des Hauptvertrages wie der Vereinbarung ist die Einigung über den Vertragsinhalt erforderlich. Diese umfaßt außer den Verpflichtungen aus § 433 BGB und der Einräumung eines bestimmt

*) Vgl. S. 26 der Arbeit.

gearteten Gestaltungsrechtes, auch die Abreden der Parteien, die sich auf den Gegenstand des Wiederverkaufs beziehen und auf den Preis, den der Wiederverkäufer zu entrichten verpflichtet sein soll.

a) Gegenstand.

Der Gegenstand ist im allgemeinen durch den Inhalt des Kaufvertrages bestimmt. Da durch diesen Vertrag sowohl bewegliche und unbewegliche Sachen als auch Rechte verkauft bzw. gekauft werden können, so kann auch Gegenstand des Wiederverkaufs jede Sache und jedes Recht sein, soweit nicht das Gesetz im Einzelfall etwas anderes bestimmt.*) Der Grund hierfür liegt eben darin, daß der Wiederverkauf genau wie der Wiederkauf im Anschluß an jeden beliebigen Kaufvertrag vereinbart werden kann, also auch den jeweiligen Gegenstand dieses Vertrages umfassen kann.

Es ist sogar erforderlich, daß die Gegenstände beider Verträge die gleichen sind, sonst ist eben ein W i e d e r verkauf nicht gegeben. Erzwungen erscheint mir die Konstruktion von Klemp**), der in bestimmt gelagerten Fällen annimmt, daß das Wiederverkaufsrecht sich nur auf einen Teil des Gegenstandes des ursprünglichen Kaufes erstrecken kann. Er gibt hierzu den Fall, daß ein Lieferant seinem Vertragspartner ein Wiederverkaufsrecht nur über die Verpackung der gelieferten Ware einräumt, und sieht darin eine Durchbrechung des Grundsatzes, wonach der Gegenstand beider Verträge notwendigerweise der gleiche sein muß. Hier ist doch wohl der Kaufvertrag über die Verpackung von dem über die Ware zu trennen; eigentlich wird überhaupt nur der Kaufvertrag über die Ware gewollt sein. Jedoch hat sich im kaufmännischen Verkehr der Brauch herausgebildet, die Verpackung ebenfalls zu verkaufen, und zwar unter Einräumung eines Wiederverkaufsvorbehaltes für den Empfänger. So brauchen wir nicht anzunehmen, daß sich der Wiederverkauf nur auf Teile des verkauften Gegenstandes bezieht, sondern hier liegen zwei Verträge vor, ein Kaufvertrag über die Ware und ein Kaufvertrag plus Wiederverkauf über die Verpackung.

Genau wie der Gegenstand des einem Wiederkaufe zugrunde liegenden Kaufvertrages sowohl eine Species- als auch eine Gattungssache sein kann, so muß es auch der Gegenstand des Wiederverkaufs sein können. Es heißt zwar im § 498 Abs. 1:

> Der Wiederverkäufer ist verpflichtet, dem Wiederkäufer den g e k a u f t e n Gegenstand nebst Zubehör herauszugeben,

doch wird man die Bestimmung nicht wörtlich auslegen dürfen, um dem Willen des Gesetzgebers gerecht zu werden. Wenn der ur-

*) Z. B. § 310 BGB.
**) Klemp, a.a.O. S. 19.

sprüngliche Kauf auf beispielsweise 10 Zentner Speisekartoffeln abgeschlossen werden kann, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch im Anschluß an diesen Vertrag ein Vorbehalt des Wiederverkaufs dem Wiederverkäufer eingeräumt werden könne. Es ergibt sich dann für den Wiederverkäufer die Verpflichtung, nur Sachen gleicher Art, Menge und Güte herauszugeben.*)

b) Preis.

Die Einigung der Parteien muß sich auch auf den Preis erstrecken, den der Wiederkäufer im Falle eines Zustandekommens des Wiederverkaufs zu zahlen hat. Hier sind zwei Möglichkeiten denkbar. Entweder ist eine Preisfestsetzung in den Vertrag mit aufgenommen worden, oder die Parteien haben darüber Vereinbarungen nicht getroffen, so daß dann die gegebenen gesetzlichen Bestimmungen Platz greifen würden.

aa) Der gesetzliche Preis.

Für den Wiederkauf bestimmt § 497 Abs. 2:

> Der Preis, zu welchem verkauft worden ist, gilt im Zweifel auch für den Wiederkauf.

Diese eindeutige Bestimmung läßt für den Wiederkauf jede andere Auslegung von vornherein ausscheiden. Ob sie auch für den Wiederverkauf in Anwendung zu bringen ist, soll eine Gegenüberstellung mit den sonst durchgreifenden allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen klären. § 316 lautet:

> Ist der Umfang der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung nicht bestimmt, so steht die Bestimmung im Zweifel demjenigen Teile zu, welcher die Gegenleistung zu fordern hat.

Das würde für den Wiederverkauf bedeuten, daß im Zweifel der Wiederverkäufer auch das Recht der Preissetzung habe. Diese hätte dann gemäß § 315 BGB. „nach billigem Ermessen" zu erfolgen.

Es ergibt sich, daß beim Wiederkauf der Gesetzgeber es nicht bei den allgemeinen Bestimmungen hat bewenden lassen, wonach der Wiederverkäufer den Umfang der Gegenleistung zu bestimmen hat, während das Ausübungfrecht beim Wiederkäufer liegt, sondern daß hier unzweifelhaft § 497 Abs. 2 maßgebend ist, also im Zweifel der ursprüngliche Preis gelten soll.

Würden wir nun versuchen, die allgemeinen Bestimmungen für den Wiederverkauf anzuwenden, so kämen wir zu dem Ergebnis, daß der Wiederverkäufer nach § 316 BGB, das Recht hätte, im Zweifel den Preis des Wiederverkaufs festzusetzen, obwohl es bei ihm liegt, die Verpflichtung zur Abnahme und Bezahlung zum Entstehen zu bringen. Eine derartig einseitig starke Stellung kann un-

*) So auch Klemp, a.a.O. S. 20.

möglich im Sinne des Gesetzgebers liegen, den schon die Möglichkeit einer Preisauseinandersetzung beim Wiederkauf veranlaßte, die Sonderregelung des § 497 Abs. 2 BGB. zu treffen.

Ferner scheint mir auch die analoge Anwendung dieses Paragraphen auf den Wiederverkauf kaum Härten in sich zu schließen, da diese Bestimmung ja nur „im Zweifel" durchgreifen soll. Und wenn die Parteien es unterlassen, über den beim Kauf und kaufähnlichen Geschäften überwiegend bedeutungsvollsten Punkt, den Preis, Vereinbarungen zu treffen, so wird es praktisch auch den Parteien mehr auf die Eigentumsverhältnisse ankommen, als auf die Höhe des Kaufpreises. Und in diesem Fall dürfte die Regelung des § 497 Abs. 2 BGB. durchaus für den Wiederverkauf annehmbar sein, wenn vielleicht auch eine Bestimmung, der Schätzungswert sei zu vergüten, gerechter und glücklicher sein kann.

bb) Der vertraglich vereinbarte Preis.

Der Fall, daß die Parteien beim Abschluß eines Vertrages, durch den ein Wiederverkaufsrecht eingeräumt wird, den Preis festsetzen, dürfte praktisch weitaus überwiegend sein. Zwei Möglichkeiten der vertraglichen Preisgestaltung ergeben sich dabei. Entweder wird der Preis, zu dem wiederverkauft werden soll, genau bestimmt, oder die Parteien vereinbaren, daß als Preis der Schätzungswert des Gegenstandes zur Zeit des Zustandekommens des Wiederverkaufs zu gelten habe.

Es ist ein fester Preis vereinbart worden. Dieser Preis kann nun ebenso hoch wie der des ursprünglichen Kaufvertrages, höher oder niedriger sein. Man wird sich stets an die Parteivereinbarungen zu halten haben, auch wenn sich eine Benachteiligung des einen Vertragsteil herausstellen sollte. Einer zu starken Berücksichtigung einseitiger Interessen wird durch den Wucherparagraphen § 138 Abs. 2 BGB. ein Riegel vorgeschoben. Wenn seine Anwendung gegeben ist, ist das Wiederverkaufsgeschäft nichtig. Da aber, wie bereits oben erwähnt, in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle des Abschlusses einer Wiederverkaufsvereinbarung auch der zugrundeliegende Kaufvertrag nicht ohne diese gewollt sein wird, wird sich hier eine Nichtigkeit beider Verträge ergeben (§ 139 BGB.).

Die Parteien haben als Wiederverkaufspreis den Schätzungswert vereinbart. — Diese Möglichkeit der Preisgestaltung hat der Gesetzgeber für den Wiederkauf ausdrücklich in § 501 BGB. anerkannt. Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß der Unterschied zwischen Wiederkauf und Wiederverkauf in der Umkehr von Berechtigung und Verpflichtung liegen, sonst aber beide Rechtsinstitute eng miteinander verwandt sind, werden wir ohne

Gefahr die Möglichkeit einer Vereinbarung des Preises zum Schätzungswert auch für den Wiederverkauf als gegeben erachten können. Gerade hierfür wird man einen Schätzungspreis noch mehr als für den Wiederverkauf aus rechtspolitischen Gründen benötigen, um der rechtlich starken Stellung des Wiederverkäufers zum mindesten bei der Preisgestaltung ein Gegengewicht entgegenzusetzen.

B. Ausübung des Wiederverkaufsrechtes.

1) Allgemeines.

§ 497 Abs. 1 Satz 1 BGB. bestimmt, daß der Wiederkauf mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, zustande kommt.

Diese Gesetzesvorschrift besagt nach der hier vertretenen rechtlichen Konstruktion, daß durch die Erklärung, die der Verkäufer abgibt, und die auch empfangsbedürftig ist, da sie „gegenüber" dem Käufer abgegeben werden muß, der Wiederkauf zur Entstehung gelangt, sofern zwischen Käufer und Verkäufer vereinbart war, daß dem Verkäufer ein dahingehendes Gestaltungsrecht zustehen solle. Durch die einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung des Berechtigten kommt der Wiederkauf zur Entstehung, wenn auch über seine Wirkungen schon in dem Vorbehalt näheres vereinbart sein kann.

Diese für den Wiederkauf geltende Vorschrift entspricht auch genau den Anforderungen des Wiederverkaufs. Auch der Wiederverkauf kommt durch die Erklärung des Berechtigten — hier des Wiederverkäufers — zur Entstehung, d. h. der analogen Anwendung des § 497 BGB. Absatz 1 Satz 1 auf den Wiederverkauf steht nichts entgegen, ja diese Anwendung ist für den Wiederverkauf grundlegend und unerläßlich.

Als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung wird die Wiederverkaufserklärung wirksam. wenn sie dem Wiederkäufer zugeht (§ 130 BGB.). Es hat früher viel Streit unter den juristischen Schriftstellern gegeben, was man unter „Zugehen" im Sinne obiger Gesetzesvorschrift zu verstehen habe. Dieser Streit dürfte heute als beendet anzusehen sein. Zugegangen ist eine Willenserklärung, wenn sie in den normalen Empfangsbereich des Adressaten gelangt ist. Unter Anwesenden und mittels Fernsprecher gilt sie als sofort zugegangen, bei Uebermittlung unter Abwesenden dann, wenn normalerweise erwartet werden kann, daß der Adressat von ihr Kenntnis nehmen wird.*)

*) Vgl. Planck, a.a.O. Bd. I S. 181; u. a.

Annahmebedürftig ist eine solche Erklärung nicht, wie dies auch vom Reichtsgericht**) für den Wiederkauf noch besonders festgestellt worden ist. Auch dies hat für den Wiederverkauf seine volle Berechtigung, da die Umkehrung von Berechtigung und Verpflichtung für die Frage des Eintritts der Wirksamkeit der Erklärung ohne Bedeutung ist.

Nach § 130 BGB. ergibt sich weiter für die Wiederverkaufserklärung, daß sie prinzipiell unwiderruflich ist. Nur dann, wenn der Widerruf vor oder spätestens gleichzeitig mit der Erklärung dem Wiederkäufer zugeht, ist ein Widerruf möglich.

2) Form.

Für den Wiederkauf bestimmt weiterhin das Gesetz in § 497 BGB. Abs. 1 Satz 2, daß die Erklärung nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form bedarf.

Gegen analoge Anwendung dieses Satzes auf den Wiederverkauf erheben sich meines Erachtens doch einige Bedenken, die auch schon von Haymann†) aufgeworfen worden sind. Wenn man die Umkehrung der Parteirollen gegenüber dem Wiederkauf in Betracht zieht, so ergibt sich, daß beim Wiederkauf der Käufer und neue Eigentümer bereits bei Vereinbarung des Wiederkaufsvorbehaltes sich gebunden fühlen muß, da die Erklärung, die den Wiederkauf zustande bringt, von seinem Willen nicht mehr abhängig islt. Genau anders liegt es beim Wiederverkauf. Hier liegt es allein in der Hand des Wiederverkäufers, also des ursprünglichen Käufers und neuen Eigentümers, ob er von seinem Recht Gebrauch machen will. Praktisch wird er sich in vielen Fällen gar nicht gebunden fühlen, und die für die Begründung seines Wiederverkaufsrechtes geforderte Form wird ihn kaum vor Uebereilung schützen können. Doch muß man mit Haymann dazu kommen, das Erfordernis einer Form für die Ausübungserklärung abzulehnen, denn, so führt dieser aus, der Vorbehalt des Wiederverkaufsrechtes könne ebensowenig einer Form bedürfen, wie etwa die Willenserklärung eines Grundstückskäufers, der unter der Bedingung nachträglicher Bestätigung notariell verkauft hat. Wir kommen also dahin, auch § 497 BGB. Abs. 1 Satz 2 für den Wiederverkauf analog anzuwenden.

Uebrigens ist diese Vorschrift von den Anhängern der Theorie des suspensiv bedingten Rückkaufsrechtes als besondere Stütze ihrer Theorie angeführt worden††), da ja der Rückkaufsvertrag bereits un-

---

**) RGZ. Bd. 37 S. 284.

†) Haymann J. W. 1930 S. 823 Spalte 1.

††) Ennecerus-Lehmann, a.a.O. II S. 393/4.

ter Beobachtung der Form geschlossen sei und jetzt nur durch Eintritt der Bedingung zum Abschluß gelange. Dem ist aber das bei der Erörterung der Rechtsnatur unseres Institutes Gesagte entgegenzuhalten, wonach den rechtspolitischen Gründen des § 313 BGB. durch Beobachtung der Form bei der Vereinbarung des Einlösungsrechtes vollauf Genüge getan, soweit es sich auf das Wiederkaufsrecht bezieht. Für das Wiederverkaufsrecht bleiben die Bedenken Haymanns bestehen, wenn man auch eine Form hier nicht verlangen kann. Da aber der Gesetzgeber den Wiederverkauf nicht selbständig geregelt hat, ist dies kein Grubnd, die Theorie, die für die Wiederkaufsrecht volle Geltung hat, für das Wiederverkaufsrecht nicht in Anwendung zu bringen, weil eine vom Gesetzgeber für den Wiederkauf gegebene Vorschrift beim Wiederverkauf eine nicht ganz zufriedenstellende Lösung zeitigt, die übrigens im Ergebnis auch für den Wiederverkauf als aufschiebend bedingten Rückverkauf genau so bestehen bleibt.

3) Bei einer Mehrheit der Berechtigten.

Für den Wiederkauf hat hier der Gesetzgeber eine Vorschrift getroffen, die schon im ALR. (I. 11 § 320) vorhanden ist, also nicht etwa einem neueren Gedankengang zufolge Eingang in unser Recht gefunden hat, sondern den Ausarbeitern des I. Entwurfs so „selbstverständlich" erschien*), daß sie sie gar nicht aufnehmen zu müssen glaubten. § 502 BGB. Satz 1 bestimmt:

> Steht das Wiederkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im ganzen ausgeübt werden.

Hierzu erklären die Motive weiterhin, daß eine Teilung des Ausübungsrechtes bzw. der Verpflichtung des Käufers aus dem Vorbehalte nach dem Wesen des Wiederkaufs ausgeschlossen sei. Der analogen Anwendung dieser Vorschrift auf den Wiederverkauf stellen sich Bedenken wohl kaum entgegen. Auch der Wiederverkauf kann bei mehreren Berechtigten, also mehreren Verkäufern nur gemeinschaftlich ausgeübt werden. Hier liegt das Zwingende einer solchen Bestimmung vielleicht noch näher als beim Wiederkauf, da in den meisten Fällen für den Verpflichteten, den Wiederkäufer, ein Rückkauf nur eines Teiles der ursprünglich verkauften Sache wirtschaftlich, wenn nicht wertlos, so doch zum mindesten unrationell sein dürfte. Auch die Begründung der Protokolle**), daß man den Verpflichteten nicht zur Eingehung eines Gemeinschaftsverhältnisses zwingen dürfte, hat für den Wiederverkauf ihre Berechtigung. Wenn der Gegenstand des Wiederverkaufs eine un-

*) Motive, a.a.O. Bd. II S. 341.
**) Protokolle a.a.O. Bd. II S. 91.

teilbare Sache ist, so wäre der Wiederkäufer — der ursprüngliche Verkäufer — genötigt, an Stelle des, sein Wiederverkaufsrecht ausübenden Käufers in das Gemeinschaftsverhältnis mit den anderen Käufern zu treten. Dieser Fall wird häufig dadurch eintreten, daß der ursprüngliche Käufer stirbt und von mehreren Erben beerbt wird, wodurch wir mehrere Beechtigte gegenüber einem Verpflichteten haben. Daß aber eine solche Lösung, durch die Kontrahent zum Gemeinschafter wird, nicht erzwungen werden darf, scheint allein mit den Gesetzesvorschriften in Einklang zu bringen zu sein, so daß wir § 502 BGB. Satz 1 auch für den Wiederverkauf in Anwendung bringen müssen.

Größere Schwierigkeiten birgt der zweite Satz des § 502 in sich:

> Ist es für einen der Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die übrigen berechtigt, das Wiederkaufsrecht im ganzen auszuüben."

Bereits in der ersten Kommission*) finden wir eine Ablehnung dieser Wiederkaufsvorschrift des I. Entwurfes. Wenn sie auch später für den Wiederkauf Gesetzeskraft erlangt hat, werden wir untersuchen müssen, ob eine entsprechende Anwendung auf das Wiederverkaufsrecht angebracht erscheint. Hier zeigt sich aber, daß die Umkehrung von Berechtigung und Verpflichtung zwischen Wiederkauf und Wiederverkauf die Sachlage wesentlich ändert.

Beim Wiederkauf ist der Wiederkäufer der Berechtigte, wir haben also bei einer Mehrheit von Berechtigten mehrere Wiederkäufer gegenüber einem Wiederverkäufer. Die Wiederkäufer können von dem Wiederverkäufer den Rückverkauf der gekauften Sache verlangen. Hat z. B. A eine Sache an B unter dem Vorbehalt des Wiederkaufs verkauft, und sind nach dem Tode des A seine Söhne C, D und E Erben geworden, so steht ihnen das Wiederkaufsrecht gegenüber dem B zu. Verzichtet jetzt C auf die Ausübung seines Rechtes, so können nach § 502 BGB. Satz 2 D und E zusammen das Wiederkaufsrecht ausüben. Hier liegt eine Beeinträchtigung der Interessensphäre des C auch gar nicht vor, da er auf sein Recht verzichtet hat und damit auch von der Verpflichtung zur Zahlung der Einlösungssumme befreit ist.

Anders liegen die Verhältnisse beim Wiederverkauf.

Nehmen wir wieder A als Verkäufer und B als Käufer, der unter Vorbehalt des Wiederverkaufs verkauften Sache an. Jetzt stirbt B und seine drei Söhne C, D und E beerben ihn. Sie sind drei Berechtigte aus dem Wiederverkaufsvorbehalt, deren Stellung aber die der Wiederverkäufer ist gegenüber dem zum Wiederkauf

*) Protokolle, a.a.O. Bd. II S. 91.

verpflichteten Wiederkäufer A. Die Ausübung des Wiederverkaufsrechtes von D und E nach Verzicht des C würde notwendigerweise in die Interessen des C eingreifen, wenn auch eine Verfügung über den Anteil des C nicht möglich ist, sofern dieser Eigentum bzw. Miteigentum an der Sache erworben hat. Aus diesen Erwägungen heraus kommen wir zu einer Ablehnung der Anwendung des § 502 BGB. Satz 2 für den Wiederverkauf. Eher wird man hier zu befriedigenden Ergebnissen kommen, wenn man in Analogie zum Rücktritt und zur Wandlung annimmt, daß auch das Wiederverkaufsrecht für die übrigen erlischt, wenn es für einen erlischt.†)

4) Bei einer Mehrheit von Verpflichteten.

Eine Regelung für den Fall, daß beim Wiederkauf mehrere Wiederverkäufer verpflichtet sind, hat der Gesetzgeber nicht getroffen. Für den Wiederkauf hat diese Frage jedoch in der Literatur Beachtung gefunden und wird überwiegend dahin beantwortet, daß analog zu § 356 BGB. die Wiederkaufsrecht in diesem Fall nur gegen alle gemeinschaftlich ausgeübt werden kann*). Mit Recht führt jedoch Staudinger aus, daß dies für den Fall, daß der Kaufgegenstand reell teilbar ist, nicht zutreffe. Dem dürfte für den Wiederkauf zuzustimmen sein.

Beim Wiederverkauf liegt der Fall so, daß einem Wiederverkäufer als Berechtigten mehrere Wiederkäufer als Verpflichtete gegenüberstehen. Auch hier wird man eine zufriedenstellende Lösung nur durch Anwendung des § 356 BGB. auf den Wiederverkauf erreichen können, daß also der Berechtigte sein Recht nur allen gegenüber ausüben kann.**) Der Ansicht von Klemp***), der zu dem recht willkürlich erscheinenden Ergebnis kommt, daß hier § 421 BGB. durchgreife, kann nicht beigetreten werden. Dieser Fall entspricht übrigens dem Fall beim Wiederkauf, daß mehrere Wiederkäufer als Berechtigte einem Wiederverkäufer als Verpflichteten gegenüberstehen, also nur eine Vertauschung von Berechtigung und Verpflichtung eingetreten ist. Für diesen Wiederkaufsfall bestimmt das Gesetz in § 502 BGB. Satz 1, daß das Wiederkaufsrecht nur im ganzen ausgeübt werden kann. Und dieser Erkenntnis des Gesetzgebers, daß der Gegenstand des Wieder(ver)kaufs, der sich in einer Hand befindet von mehreren Wiederkäufern nur gemeinsam zurückübernommen werden kann, trägt die hier vertretene Ansicht, § 356 BGB. analog anzuwenden, vollständig Rechnung.

†) Vgl. § 356 BGB.; Klemp, a.a.O. S. 30.

*) Staudinger, a.a.O. Bem. 4 zu § 502 BGB; RGR.-Komm. Bem. 4 zu § 502 BGB.; Planck, a.a.O. Bem. zu § 502 BGB.; Oertmann, a.a.O., Bem. 3 zu § 502 S. 680 hält die Analogie zu §356 für möglich, aber nicht für zwingend.

**) So auch Seuffert in L. Z. 1907 S. 25.

***) Klemp, a.a.O. S. 31.

C. Wirkungen des Wiederverkaufs.

I. Der ursprüngliche Kauf.

Durch eine Vereinbarung eines Wiederverkaufsvorbehaltes wird der ursprüngliche Kauf nicht berührt. Für die Rechtsbeziehungen der Parteien zueinander sind allein die Vorschriften der §§ 433 ff. BGB. maßgebend; insbesondere ist der Verkäufer zur Uebergabe und Eigentumsverschaffung, der Käufer zur Abnahme des Kaufgegenstandes und zur Zahlung des Preises verpflichtet.

Der Käufer erhält unbedingtes Eigentum und kann mit der Kaufsache nach Belieben verfahren, da die Bindungen aus dem Wiederverkaufsvorbehalt rein obligatorischer Natur sind. Praktisch wird sich jedoch der Käufer bei Vereinbarung eines Wiederverkaufsvorbehaltes — im Gegensatz zum Wiederkaufsvorbehalt — überhaupt nicht gebunden fühlen, da er gleichzeitig der Wiederverkaufsberechtigte ist und durch Verfügung über den Kaufgegenstand nur die Ausübung des i h m zustehenden Rechtes bedeutungslos machen würde.

II. Der Wiederverkauf.

a) V o r Ausübung des Wiederverkaufsrechtes.

1. Art der Berechtigung.

Vor dem Zustandekommen des Wiederverkaufs bestehen zwischen den Parteien nur die Rechtsbeziehungen, die sich aus dem der Vereinbarung des Wiederverkaufsvorbehaltes zugrunde liegenden Kaufvertrage ergeben. Sind die Parteien ihren Verpflichtungen aus § 433 BGB. vollständig nachgekommen, so bestehen überhaupt keine Rechtsbeziehungen mehr, auf Grund derer ein Vertragsteil augenblicklich einen klagbaren Anspruch gegen den Partner hat. Das Wiederverkaufsrecht stellt nie einen solchen Anspruch dar, ist vielmehr ein in die Hand des Käufers gelegtes Gestaltungsrecht, durch dessen einseitige Ausübung a l l e i n die in dem Wiederverkaufsvorbehalt bestimmten Wirkungen eintreten. Durch Erklärung gegenüber dem Wiederkäufer entstehen die aus dem Vorbehalt resultierenden Ansprüche.

2. Möglichkeiten der Sicherung des Wiederverkaufsrechtes.

Während das Wiederkaufsrecht zu Beginn seiner Entwicklung ausschließlich ein dingliches Recht war, ist es — und ebenso auch das Wiederverkaufsrecht — nach BGB. ein rein obligatorisches Recht. Eine dingliche Sicherung dieses obligatorischen Rechtes wäre, sofern es sich um Immobilien handelt, möglich durch Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch gemäß § 883 BGB.

zu Gunsten des Berechtigten. Dies ist beim Wiederkauf ohne Zweifel möglich. Beim Wiederverkauf jedoch fallen Grundstückseigentümer und Wiederverkaufsberechtigte in einer Person zusammen, so daß die Eintragung einer Vorbemerkung eine Belastung des eigenen Grundstückes darstellen würde, was unmöglich ist. Durch Eintragung einer Vormerkung ist also eine dingliche Sicherung nicht möglich.

Es besteht in der Tat*) nur eine Möglichkeit der Sicherung des Wiederverkaufsrechtes, und zwar durch eine Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO., wenn an der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der Rechtsverhältnisse ein rechtliches Interesse vorliegt. Daß auch ein Gestaltungsrecht, das ist das Recht, eine Rechtsänderung demnächst zu vollziehen, Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann, hat Theorie und Praxis mehrmals anerkannt.**)

3. Uebertragbarkeit und Vererblichkeit des Wiederverkaufsrechtes.

Nach deutschem Recht war das Wiederkaufsrecht und auch das Wiederverkaufsrecht ein höchst persönliches Recht, so wie wir es noch heute im Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 1070) vorfinden. Nach ALR. (§ 312, I, 11) konnte jedoch das Wiederkaufsrecht — durch besondere Vereinbarung — cessibel gemacht werden. Das BGB. folgt der gemeinrechtlichen Auffassung des pactum de retrovendendo, das unbeschränkt übertragbar und vererblich war.

Nach BGB. sind grundsätzlich alle Rechte übertragbar. Nur in den Fällen, in denen der Gesetzgeber entgegenstehende Bestimmungen erlassen hat, ist diese allgemeine Regel durchbrochen. So haben wir in § 514 BGB. beim Vorkaufsrecht die ausdrückliche Vorschrift, daß das Vorkaufsrecht mangels besonderer Vereinbarung nicht übertragbar ist und nicht auf die Erben des Berechtigten übergeht. Beim Wiederkauf fehlt jede ähnliche Bestimmung, so daß der Uebertragbarkeit und Vererblichkeit des Wiederkaufsrechtes nichts im Wege steht.†) Desgleichen wird man auch beim Wiederverkaufsrecht die Frage nach der Möglichkeit einer Cession oder einer Erbfolge in das Recht des Erblassers bejahen müssen.††)

Da das Wiederverkaufsrecht auf einer vom ursprünglichen Kaufvertrag gesonderten — wenn auch zeitlich zusammenfallenden — Vereinbarung beruht, geht durch Weiterveräußerung des

*) So auch Klemp, a.a.O. S. 32.

**) Sydow-Busch-Krantz, ZPO. § 256; J. W. 1902, S. 605; RGZ. Bd. 74 S. 292, Bd. 92 S. 7.

†) So auch Hahn, a.a.O. S. 88 f.

††) So auch Klemp, a.a.O. S. 33.

Kaufgegenstandes nicht auch das Wiederverkaufsrecht auf den neuen Erwerber mit über. Hierzu bedarf es vielmehr einer besonderen Abmachung.

Daß die Uebertragbarkeit sowohl als auch die Vererblichkeit durch Parteivereinbarung beschränkt, ganz ausgeschlossen oder analog § 328 BGB. zu Gunsten eines Dritten vereinbart werden kann, ergibt sich aus der vom BGB. schlechthin gewährleisteten Vertragsfreiheit.

b) N a c h Ausübung des Wiederverkaufsrechtes.

1. Allgemeines.

Durch die Erklärung des Wiederverkäufers, daß er sein Recht ausübe, kommt der Wiederverkauf zustande. Der durch die Vereinbarung des Wiederverkaufsvorbehaltes Berechtigte macht von seinem Recht gegenüber dem Gegner Gebrauch und gestaltet damit ein besonderes Rechtsverhältnis zwischen den beiden früheren Vertragspartnern. Durch seine einseitige Erklärung kommt der Wiederverkauf zustande, dessen Einzelheiten bereits in der Vereinbarung des Wiederverkaufsvorbehaltes vereinbart sein können, soweit diesen nicht positive Gesetzesvorschriften entgegenstehen.

Für den Wiederkauf hat der Gesetzgeber in den §§ 498—502 BGB. eine Reihe von Bestimmungen erlassen, die diese Rechtsverhältnisse zwischen dem nunmehrigen Wiederkäufer und Wiederverkäufer regeln sollen. Da diese Regelung nur unter dem Gesichtspunkt des Wiederkauf erfolgt ist — daß also der Wiederkäufer der Wiederkaufsberechtigte ist — ergibt sich für den Wiederverkauf mit seiner Umkehrung von Berechtigung und Verpflichtung gegenüber dem Wiederkauf die Notwendigkeit, diese Bestimmungen auf ihre Verwendbarkeit für den Wiederverkauf genau zu untersuchen.

2. Pflichten des Wiederverkäufers im Falle des Untergangs, der Veränderung oder Verschlechterung des Kaufgegenstandes.

a) Durch Verschulden des Wiederverkäufers.

§ 498 BGB. Abs. 1 lautet für den Wiederkauf:

Der Wiederverkäufer ist verpflichtet, dem Wiederkäufer den gekauften Gegenstand nebst Zubehör herauszugeben.

Die Bestimmung dieses Paragraphen besagt für den Wiederkauf dasselbe, was § 433 BGB. für den Kaufvertrag bestimmt. Es sollen also durch die Erklärung des Wiederkäufers bzw. des Wiederverkäufers kaufähnliche Wirkungen eintreten. Der Wiederverkäufer ist genau wie der Verkäufer beim Kauf zur Herausgabe des Kaufgegenstandes verpflichtet. Diese Verpflichtung umschließt die der Uebergabe und der Eigentumsverschaffung. Der Wiederverkäufer eines Grundstücks ist also auch zur Mitwirkung bei der Rückauf-

lassung gemäß §§ 873, 925 BGB. verpflichtet. Auch die Bestimmung, daß das Zubehör mit herauszugeben ist, deckt sich mit der des § 314 BGB., wo es heißt:

> Verpflichtet sich jemand zu Veräußerung oder Belastung einer Sache, so erstreckt sich die Verpflichtung im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache.

Wozu eine Wiederholung dieser für die gegenseitigen Verträge schlechthin und den Kauf insbesondere bereits normierten Bestimmungen beim Wiederkauf erfolgt ist, hat bisher gar nicht oder nur wenig befriedigend*) erklärt werden können. Stellen wir uns auf den Standpunkt der Einlösungstheorie, die in dem Wiederverkaufs- und Wiederkaufsrecht ein Gestaltungsrecht sieht, so ist die Bestimmung des § 498 BGB. Abs. 1 in bezug auf die Kaufvorschriften keine Wiederholung, sondern besagt, daß durch Abschluß eines Wieder(ver)kaufs ähnliche Pflichten und Rechte begründet werden, wie sie der Abschluß eines Kaufvertrages mit sich bringt.

Bei der Herausgabe hat sich der Gegenstand des Wiederverkaufs in dem Zustand zu befinden wie bei der Erklärung des Berechtigten, sein Wiederkaufsrecht ausüben zu wollen, weil erst durch das Zustandekommen des Wiederkaufs die Herausgabepflicht des Wiederverkäufers begründet wird. Das Zubehör ist herauszugeben, soweit es zu diesem Termin vorhanden ist.

Sowohl die Vorschrift des § 498 BGB. Abs. 1 als auch alle aus ihr hier gezogenen Folgerungen behalten für das Wiederverkaufsrecht ihre volle Geltung. Wen auch der Wiederverkäufer der B e r e c h t i g t e aus der Wiederverkaufsvereinbarung ist, so ist auch er wie der Wiederverkäufer beim Wiederkauf dem Wiederkäufer gegenüber der zur Herausgabe des Gegenstandes Verpflichtete.

> Das BGB. bestimt in § 498 Abs. 2 Satz 1 für den Wiederkauf: Hat der Wiederverkäufer vor der Ausübung des Wiederverkaufsrechtes eine Verschlechterung, den Untergang oder eine aus einem anderen Grunde eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe des gekauften Gegenstandes verschuldet oder den Gegenstand wesentlich verändert, so ist er für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich.

Einer entsprechenden Anwendung dieser Gesetzesvorschrift auf den Wiederverkauf stellen sich — mit Ausnahme der unwesentlichen Verschlechterung — Schwierigkeiten entgegen, die mit dem Wesen des Wiederverkaufs begrifflich nicht vereinbar sind. Hat der Wiederverkäufer vor Ausübung seines Rechtes den Untergang oder die

---

*) Vgl. Planck, a.a.O. Bd. II. S. 272.
**) So auch Planck, a.a.O. Bem. 1 zu § 498; Enneccerus, a.a.O. Bd. 2 S. 351.

Unmöglichkeit der Herausgabe verschuldet, so hat er damit nur sein eigenes Recht beeinträchtigt, nicht das des Wiederkäufers. Hier liegen dieselben Voraussetzungen vor wie beim Rücktritt, wenn der Rücktrittsberechtigte den Untergang oder die Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenden Gegenstandes verschuldet hat, so daß eine analoge Anwendung des § 351 BGB. dem Willen des Gesetzgebers allein entsprechen kann. Danach ist der Rücktritt in diesem Fall ausgeschlossen. Genau so kann auch der Wiederverkäufer sein Recht nicht ausüben, wenn er selbst die Unmöglichkeit der Herausgabe verschuldet hat.

Auch für den Fall einer verschuldeten wesentlichen Verschlechterung des Gegenstandes muß § 351 BGB. entsprechend angewendet werden, so daß hier ebenfalls für den Wiederverkäufer die Ausübung seines Rechtes ausgeschlossen ist.

Desgleichen kann, entsprechend der Vorschrift des § 352 BGB., das Wiederverkaufsrecht auch dann nicht ausgeübt werden, wenn der Wiederverkäufer den Kaufgegenstand zu einer anderen Sache, zu einem aliud umgestaltet hat. Denn durch den Wiederverkauf soll ja der Wiederkäufer, also der ursprüngliche Verkäufer, wieder die verkaufte Sache erlangen; an der Erlangung eines aliud wird ihm jedes Interesse mangeln, sonst hätte er eben dem Käufer kein W i e d e r verkaufsrecht eingeräumt.

Ob eine w e s e n t l i c h e oder u n w e s e n t l i c h e Veränderung oder Verschlechterung des Kaufgegenstandes vorliegt, ist allein Tatfrage, jedoch muß hier besonders das Interesse des empfangsberechtigten Teiles, also des Wiederkäufers, berücksichtigt werden. Handelt es sich um eine nur unwesentliche Verschlechterung, so ist die Ausübung des Wiederverkaufsrechtes gestattet, aber der Wiederverkäufer ist natürlich ersatzpflichtig. Es ergibt sich dies auch aus der analogen Anwendung der entsprechenden Rücktrittsbestimmungen auf den Wiederverkauf. Nach unbestrittener Auffassung ist im Falle unwesentlicher Verschlechterung Rücktritt möglich unter Anwendung von §§ 346, 347.*)

§ 499 BGB. Satz 1 bestimmt:

> Hat der Wiederverkäufer vor der Ausübung des Wiederkaufsrechtes über den gekauften Gegenstand verfügt, so ist er verpflichtet, die dadurch begründeten Rechte Dritter zu beseitigen.

Dieser Fall hat für den Wiederverkauf praktisch nur geringe Bedeutung, da der Wiederverkäufer im allgemeinen sein Recht nicht

*) Vgl. Schollmeyer, a.a.O. Bem. 2a zu § 351; Oertmann, a.a.O. Bem 2 zu § 351.

ausüben wird, wenn er über den Gegenstand verfügt und ihn mit Rechten Dritter belastet hat. Auch hier greifen die Rechtsgedanken durch, die der Gesetzgeber beim Rücktritt normiert lat. Sofern der Wiederverkäufer den Kaufgegenstand nicht frei von den Rechten Dritter dem Wiederkäufer verschaffen kann, muß er dem Rücktrittsberechtigten rechtlich gleichstehen, der den empfangenden Gegenstand ganz oder zum Teil veräußert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet hat, d. h. ihm ist die Möglichkeit einer Ausübung seines Rechtes in entsprechender Anwendung des § 353 BGB. versagt. In diesem Falle ist sogar ein besonderes Verschulden nicht einmal gefordert, sondern seiner Verfügung steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt.*) Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Wiederverkaufsberechtigte die Rechte Dritter zu beseitigen nicht in der Lage ist. Das Reichsgericht**) hat diesen Gesichtspunkt für den Rücktritt anerkannt. Hat demnach der Wiederverkaufsberechigte den Gegenstand des Wiederverkaufs veräußert oder ist er im Wege der Zwangsvollstreckung entzogen, so schließt dinse Tatsache allein die Möglichkeit der Ausübung des Wiederverkaufsrechtes nicht aus; es muß vielmehr damit gerechnet werden, daß der Wiederverkäufer sich den Gegenstand bis zu dem Zeitpunkt, an dem er die Rückgewähr zu vollziehen hat, wiederverschafft.

b) Ohne Verschulden.

Ist der Kaufgegenstand ohne Verschulden des Wiederverkäufers untergegangen, so ist das Wiederverkaufsrecht deshalb keineswegs erloschen. Der Wiederverkäufer kann durch Ausübung seines Rechtes den Wiederkauf zustande bringen. Jetzt greift jedoch Unmöglichkeitsrecht ein. Der Wiederverkäufer wird von der Leistung frei (§ 275 BGB.) und verliert den Anspruch auf Gegenleistung (§ 323 BGB.).

Ist jedoch der Gegenstand ohne Verschulden des Wiederverkäufers verschlechtert oder ist er nur unwesentlich verändert (§ 498 BGB. Absatz 2 Satz 2), so kann nach BGB. der Wiederkäufer Minderung des Kaufpreises nicht verlangen. Wir haben bereits bei der Besprechung der für das Wiederkaufsrecht aufgestellten Theorien***) diese Bestimmung zu erklären versucht. Der Wiederkäufer hat nur Schadensersatzansprüche, kein Gewährleistungsrecht, da er nicht, wie ein echter Käufer, von der durch den Wiederkauf erlangten Sache erwarten darf, daß sie fehlerfrei sei, d. h. daß sie die Fehler

*) Vgl. § 499 Satz 2 § 353 Abs. 2 BGB.
**) Vgl. RGZ. Bd. 50 S. 190.
***) Vgl. S. 18 ff und S. 22 der Arbeit.

nicht mehr habe, die sie zur Zeit des ursprünglichen Kaufes hatte. Der Wiederverkaufsberechtigte muß genau so wie der zum Rücktritt berechtigte Verkäufer gegen Zahlung des vollen Preises seine Sache zurücknehmen, auch wenn sie in der Zwischenzeit nicht fehlerfrei geblieben ist. Hier liegt eine deutliche Abweichung von dem Rechtsgedanken des § 323 BGB. vor, nach dem die Leistung und Gegenleistung in einem abhängigen Zusammenhange stehen. Der Wiederkaufsberechtigte, der durch seine Erklärung den Wiederkauf zustande bringt, muß mit der Möglichkeit rechnen, daß seine Sache während der Zeit, in der sie ihm nicht gehörte, ohne Verschulden des Wiederverkäufers verschlechtert oder unwesentlich verändert wurde. Liegt z. B. der Grund der Verschlechterung in der Sache selbst — ein Haus wid vom Schwamm befallen — so würde bei anderer Regelung der Wiederkäufer den dadurch entstandenen Schaden vom Wiederverkäufer ersetzt erhalten, obwohl die Verschlechterung genau so eingetreten wäre, wenn ein Verkauf plus Wiederverkauf nicht stattgefunden hätte. Die gleiche Regelung hat der Gesetzgeber beim Rücktritt in § 347 BGB. Abs. 1 Satz 1 getroffen:

> Der Anspruch auf Schadenersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe bestimmt sich im Falle des Rücktritts von dem Empfange der Leistung an nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches an gelten.

Es kommen also hier die Vorschriften der §§ 989, 990 BGB. in Anwendung, wonach nur für verschuldeten Untergang und verschuldete Verschlechterung und Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache gehaftet wird. Also auch der rücktrittsberechtigte Verkäufer muß die Gefahr für unverschuldete Fehler der Sache tragen. Es entsteht nun die Frage, ob diese Bestimmung auch für den zum Rücktritt berechtigten Käufer gilt. Oertmann*) ist dieser Ansicht, da § 347 BGB. unmittelbar im Anschluß an § 346 BGB. steht, in dem von den beiderseitigen Pflichten die Rede ist. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf den Wiederverkauf jedoch ist meines Erachtens abzulehnen**), da wir dadurch die an sich starke Position des Wiederverkäufers gegenüber dem Wiederkäufer noch weiter verstärken würden. Der Wiederverkaufsberechtigte hätte dann die Möglichkeit, den Wiederverkauf zustande zu bringen, wenn eine wesentliche Verschlechterung des Kaufgegenstan-

*) Oertmann, a.a.O. Bem. 4zu § 347.
**) So im Ergebnis auch Klemp, a.a.O. S. 40.

des ohne sein Verschulden eingetreten wäre, wodurch der frühere Verkäufer allein die Gefahr für jede zufällige Beeinträchtigung der Sache zu tragen hätte, ohne die Möglichkeit zu besitzen, im Falle einer Verbesserung der Sache sich den Mehrwert zuzufügen.

3. Rechte des Wiederverkäufers.

§ 500 BGB. bestimmt in Satz 1:

> Der Wiederverkäufer kann für Verwendungen, die er auf den gekauften Gegenstand vor dem Wiederkaufe gemacht hat, insoweit Ersatz verlangen, als der Wert des Gegenstandes durch die Verwendungen erhöht ist.

Die Bedeutung dieser Bestimmung für den Wiederkauf ist klar. Dem Wiederverkäufer steht ein Bereicherungsanspruch gegenüber dem Wiederkäufer zu, falls dieser durch Rückerhalt des Kaufgegenstandes in Folge der Verwendungen des Wiederverkäufers bereichert sein sollte. Für den Wiederkäufer ist damit eine Erschwerung der Ausübungsmöglichkeit seines Rechtes verbunden, wenn der Wiederverkäufer Verwendungen, die unter § 500 BGB. fallen, gemacht hat.

Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf den Wiederverkauf ist abzulehnen.

Klemp kommt zu diesem Ergebnis aus der Erwägung*), daß der Wiederverkäufer sein Recht nicht auszuüben brauche, um durch den Verlust seiner Auslagen nicht geschädigt zu sein. Doch scheint er das wesentliche Moment hierbei außer Acht zu lassen, da dann alle Gestaltungsberechtigten nur von ihrem Recht keinen Gebrauch zu machen hätten, um für sie nachteilige Folgen zu verhindern.

Der Wiederverkäufer, der sich dem Wiederkäufer gegenüber ohnehin schon in einer rechtlich stärkeren Stellung befindet, würde durch Anwendung des Gedankenganges des § 500 BGB. auf den Wiederverkauf eine derart überragende Stellung einnehmen, daß von gesunden Rechtsbeziehungen zwischen Wiederverkäufer und Wiederkäufer keine Rede mehr sein könnte. Denn durch Verwendungen auf den i h m gehörenden Gegenstand könnte er durch s e i n e Erklärung den Wiederkäufer zwingen, auch noch für diese Verwendungen Ersatz zu leisten, obwohl diese dem Wiederkäufer höchst gleichgültig, ja sogar unpassend sein können.

Man wird vielmehr dem Wiederverkäufer den Ersatz seiner Verwendungen in solchem Falle ganz versagen müssen. Dies scheint mir keine Knebelung der Rechte des Wiederverkäufers zu sein, da er ja, falls er die Absicht hat, sein Wiederverkaufsrecht auszuüben, nicht m e h r auf den Kaufgegenstand verwenden wird, als zur

*) Klemp, a.a.O. S. 41.

Erhaltung erforderlich ist. Jedes Uebermaß muß zu seinen Lasten gehen, da der Wiederkäufer sich sonst überhaupt nicht gegen Willkür des Wiederverkäufers wehren könnte.

Handelt es sich andererseits um Verwendungen, die im öffentlichen Interesse lagen oder die der Wiederkäufer genehmigt hat, so kommen analog § 450 BGB. Abs. 2 auch beim Wiederverkauf die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag insbesondere die §§ 679, 684, 683 BGB in Anwendung.

Die Vorschrift des § 500 BGB. Satz 2, daß der Wiederverkäufer eine Einrichtung wegnehmen kann, mit der er die herauszugebende Sache versehen hat, muß auch für den Wiederverkauf wirksam bleiben, da dieses Recht des Wiederverkäufers nur dem Grundprinzip des Wiederverkaufs Rechnung trägt, den Kaufgegenstand in dem Zustand herauszugeben, in dem er sich zur Zeit des Ueberganges auf den ursprünglichen Käufer befand. Die Verpflichtungen des Wiederverkäufers für diesen Fall regelt § 258 BGB.

Weitere Rechte des Wiederverkäufers nach Zustandekommen des Wiederverkaufs sind das auf Abnahme des Kaufgegenstandes und Zahlung des Wiederverkaufspreises durch den Wiederkäufer.

4. Pflichten und Rechte de/ Wiederkäufers.

Die Pflichten des Wiederkäufers nach dem Zustandekommen des Wiederverkaufs sind die Pflicht zur Abnahme des Kaufgegenstandes und zur Zahlung des Wiederverkaufspreises*). Im Falle eines Verzuges finden die für den Schuldnerverzug geltenden Bestimmungen der §§ 284 ff. BGB. Anwendung.

Zu den Rechten des Wiederkäufers beim Wiederverkauf gehören der Anspruch auf Uebergabe und Eigentumsverschaffung*) und die Ansprüche, die sich aus einer, vom Wiederverkäufer verschuldeten Beeinträchtigung der Kaufsache ergeben.

D. Erlöschen des Wiederverkaufsrechtes.

Das Wiederverkaufsrecht kann aus verschiedenen Gründen erlöschen. Die Wirkungen des Erlöschens dieses Rechtes bestehen für den früheren Käufer in der Unmöglichkeit, durch einseitige Gestaltung den ursprünglichen Verkäufer zur Zurücknahme des Kaufgegenstandes gegen Zahlung eines bestimmten Preises zu zwingen, für den Verkäufer des Kaufvertrages in der Erlangung der Gewißheit, daß der Käufer von dem ihm eingeräumten Rechte keinen Gebrauch mehr machen kann.

---

*) Vgl. S. 41 der Arbeit.

1. Das Wiederverkaufsrecht endigt, wie alle Gestaltungsrechte, grundsätzlich durch seine Ausübung. Durch die Erklärung des Gestaltungsberechtigten, des Wiederverkäufers, kommt der Wiederverkauf zustande; die sich aus ihm ergebenden Berechtigungen und Verpflichtungen sind oben ausführlich behandelt worden.

2. Ferner erlischt das Wiederverkaufsrecht durch verschuldete Unmöglichkeit der Ausübung. Diese kann aus vier Gründen eintreten:

a) Durch Untergang des Kaufgegenstandes, bei Verschulden des früheren Käufers*).

b) Durch verschuldete wesentliche Verschlechterung der Kaufsache*).

c) Durch Verfügung über den Kaufgegenstand in der Weise, daß Rechte Dritter an ihm entstehen, die der Wiederverkaufsberechtigte zu beseitigen nicht in der Lage ist**).

d) In dem Fall, daß der Käufer des ursprünglichen Kaufvertrages die Sache zu einer anderen, zu einem aliud, umgestaltet hat*).

3. Das Wiederverkaufsrecht geht durch Nichtausübung unter, wenn die Frist, innerhalb welcher die Ausübung des Rechtes erfolgt sein muß, verstrichen ist. Dies tritt ein:

a) bei vertraglich vereinbarter Ausübungsfrist nach Ablauf dieser Frist***).

b) Für den Fall, daß über die Ausübungsfrist von den Parteien nichts vereinbart ist, ist zunächst zu prüfen, ob sie sich aus den Umständen ergibt. Ist auch hieraus nichts zu entnehmen, so müssen die gesetzlichen Bestimmungen, soweit solche vorhanden sind, eingreifen.

Für den Wiederkauf hat der Gesetzgeber in § 503 Satz 1 BGB. bestimmt, daß das Wiederkaufsrecht bei Grundstücken nur bis zum Ablauf von dreißig Jahren, bei anderen Gegenständen nur bis zum Ablauf von drei Jahren nach der Vereinbarung des Vorbehaltes ausgeübt werden kann. Wie bereits oben mehrfach erwähnt, handelt es sich hier — ebenso wie bei den meisten anderen Gestaltungsrechten†) — um Ausschlußfristen, die der Gesetzgeber nach rechtspolitischen Erwägungen willkürlich festgesetzt hat. Daher kommt eine Anwendung der für den Wiederkauf geltenden Ausübungsfristen auf den Wiederverkauf nur in Frage, wenn für die Bestimmung solcher Fristen bei beiden Rechtsinstituten die gleichen rechtspoli-

*) Vgl. S. 42 der Arbeit.
**) Vgl. S. 43 der Arbeit.
***) Vgl. § 503 Satz 2 BGB.
†) Ausgenommen das Eheanfechtungsrecht.

tischen Erwägungen maßgebend sind. In dem „Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches" war eine Befristung der Ausübung des Wiederkaufsrechtes nicht vorgesehen; die Motive**) erklären das Fehlen jeder Präklusivfrist damit, daß hier nur eine willkürliche Regelung erfolgen könnte; auch würden die Beteiligten meist selbst eine Frist vereinbaren. Nach dem Entwurf sollten die allgemeinen Bestimmungen durchgreifen, die in dem später fortgefallenen Absatz 3 des § 158 Entw. BGB. bestimmten:

> Ist die Entstehung eines Anspruchs von dem bloßen Wollen des Berechtigten abhängig, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anspruch zur Entstehung gelangen konnte.

Die Protokolle*) lassen erkennen, daß nach Streichung dieses Absatzes durch die Kommission die in § 503 Satz 1 BGB. aufgestellten Fristen auf Grund ganz allgemeiner, nur auf den Wiederkauf zugeschnittener Erwägungen erfolgt ist.

Es besteht somit keine Veranlassung, diese Fristen auf den Wiederverkauf anzuwenden, da die Rechtslage hier wesentlich von der beim Wiederkauf abweicht. Beim Wiederverkauf ist der Gestaltungsberechtigte der Wiederverkäufer selbst, der an sich schon dem Wiederkäufer rechtlich stark überlegen ist. Es liegt denn auch kein Grund vor, dem Wiederverkäufer die § 503 Satz 1 BGB. festgesetzten Fristen zuzubilligen, vielmehr kommen wir hier durch analoge Anwendung der für das Rücktrittsrecht — das m. E. mit dem Wiederverkaufsrecht die größte Aehnlichkeit aufweist — geltenden Vorschriften allein zu befriedigenden Ergebnissen.†) § 355 BGB. bestimmt für das Rücktrittsrecht:

> Ist für die Ausübung des Rücktrittsrechts eine Frist nicht vereinbart, so kann dem Berechtigten von dem anderen Teile für die Ausübung eine angemessene Frist bestimmt werden. Das Rücktrittsrecht erlischt, wenn nicht der Rücktritt vor dem Ablaufe der Frist erklärt wird.

Es ergibt sich also, daß, falls eine Frist weder vereinbart noch aus den Umständen zu entnehmen ist, der frühere Verkäufer dem Käufer eine angemessene Frist setzen muß, innerhalb welcher der Wiederverkäufer von seinem Recht Gebrauch machen kann. Eine auf diese Weise gesetzte, angemessene Frist steht einer vereinbarten gleich: Nach Ablauf der Frist ist das Wiederverkaufsrecht erloschen.

**) Motive Bd. 2 S. 342.

*) Protokolle Bd. 2 S. 89.

†) So im Ergebnis auch Klemp S. 44.

4. Das Wiederverkaufsrecht erlischt durch Erreichung des Zweckes. Zweck des Wiederverkaufsvorbehaltes ist, dem Wiederverkäufer die Möglichkeit zu geben, seinen Vertragspartner zur Rücknahme des Kaufgegenstandes gegen Zahlung des Wiederverkaufspreises zu zwingen. Sollte dieser Zweck durch irgendwelche Abmachungen der Beteiligten auf andere Weise verwirklicht worden sein, so geht das Gestaltungsrecht — das ein reines Zweckrecht ist — unter.*)

5. Endlich geht das Wiederverkausfrecht durch Konfusion unter. Wenn auch der Gesetzgeber nur ein Zusammenfallen von Recht und Verbindlichkeit oder Recht und Belastung mit den Wirkungen der Konfusion ausgestattet hat, so muß auch in diesem Falle durch Zusammenfallen des Wiederverkaufsrechtes mit der Wiederverkaufsverpflichtung das Recht als solches untergehen.**

Anhang.

Einzelne Wiederverkaufsverträge.

Daß die Wiederverkaufsverträge durchaus nicht so selten sind, wie die Motive es annehmen und wie es stets in der Literatur behauptet wird, hat schon Klemp***) nachgewiesen. Es sollen im folgenden einige Beispiele zeigen, wie praktisch gerade der Wiederverkaufvertrag ist, wenngleich er oft nicht also solcher erkannt wird.

1. Das erste praktische Beispiel für das tägliche Vorkommen von Wiederverkaufsgeschäften gibt Eck†) an. Es heißt dort: „In dem Verkauf von Bier in Flaschen, bei welchem der Käufer die leeren Flaschen gegen Rückzahlung des als „Pfand" bestimmten Betrages zurückgeben darf, sehe ich einen Kauf auf pactum de retroemendo". Ist bei einem solchen Verkauf der Wert des Inhaltes geringer als der Wert der Flasche, so kommt ein Wiederverkauf naturgemäß nicht in Frage, auch wird durch Einpressung des Namens des Eigentümers in die Flasche der Wille des Eigentümers klar erkennbar, daß das Eigentum nicht auf den Erwerber übergehen soll. Im anderen Falle jedoch liegt m. E. ein reiner Kauf auf Wiederverkauf vor, wonach der Käufer das Recht hat, den Wiederverkauf durch

*) Vgl. Seckel, a.a.O. S. 232.
**) Vgl. Seckel, a.a.O. S. 235.
***) Klemp, a.a.O. S. 45.
†) Eck, a.a.O. S. 466.